

### الجزء الخامس

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن  
عبد الواحد السيوطي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى  
سنة ٨٦١ مع تكميلته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار للمولى  
شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على  
الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان  
الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة  
٥٩٣ في الفقه على مذهب الامام  
الاعظم أبي حنيفة رحمه  
الله ولفعنا بهم  
آمين

وهمامه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود الباري  
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى  
جلبي وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

وتبنيه قد جعلنا الهداية وفتح القدير في الصلب الأول في صدر الصحيفة  
وبليه الثانى مفصولا بينهما جدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى  
جلبي الاول في صدر الهامش وبليه الثانى فليعلم

(مجل مبيعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه بجوار المسجد الحسينى بمصر

الطبعة الأولى

بالمطبعة الكبرى الاميرية يولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٦

هجريه

(بالقسم الادبي)

## ﴿ كتاب الشركة ﴾

مناسبة ترتيب الابواب  
المارة انسافت الى ههنا  
على الوجوه المذكورة ولما  
كان للشركة مناسبة خاصة  
بالمفقود من حيث ان نصيب  
المفقود من مال مورثه  
مختلط بنصيب غيره كاختلاط  
المالين في الشركة ذكرها  
عقبيه وهي عبارة عن اختلاط  
نصيبين فصاعدا بحيث  
لا يعرف أحد النصيبين  
من الآخر ثم مبي العقد  
الخاص بهما وان لم يوجد  
اختلاط النصيبين لان  
العقد سببه

## ﴿ كتاب الشركة ﴾

قوله وهي عبارة عن اختلاط  
(نصيبين الخ) أقول فيه  
تسامح فان الاختلاط صفة  
النصيب والشركة صفة  
صاحب النصيب

الله نور السموات  
والارض

## ﴿ اسم الجوز اجم ﴾

## ﴿ كتاب الشركة ﴾

## ﴿ كتاب الشركة ﴾

هو باسكان الراء في المعروف أورد الشركة عقيب المفقود لتناسبها بوجهين كون مال أحدهما أمانة  
في يد الآخر كما أن مال المفقود أمانة في يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود كالأموال  
مورثه وله وارث آخر والمفقود حتى وهذه مناسبة خاصة بينهما والاولى عامة فيهما وفي الآتي والاقط  
واللقطة على اعتبار وجود مال مع الاقط واما قدم المفقود عليها وأولاء الآتي لشمول عرضية الهلاك  
كلام من نفس المفقود والآتي وكان بعضهم تخيل أن عرضية الهلاك للمال فقال لأن المال على  
عرضية التوى وحاصل محاسن الشركة ترجع الى الاستعانة في تحصيل المال والشركة لغة خلط النصيبين  
بحيث لا يميز أحدهما وما قيل انه اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشركة  
مصدر شركت الرجل أشركه شركا فظهر أنها فعل الانسان وفعله الخلط وأما الاختلاط فصفة تثبت للمال  
عن فعلهما ليس له اسم من المادة ولا يظن أن اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلهما أيضا مصدر اشترك  
الرجلان افتعال من الشركة ويعدى الى المال بحرف في يقال اشتركا في المال أى حققا الخلط فيه  
فالمال مشترك فيه أى تعلق به اشتركا كهما أى خلطهما وركنهما في شركة العين اختلاطهما وفي شركة  
لعقد اللفظ المفيد له هذا ويقال الشركة على العقد نفسه لانه سبب الخلط فاذا قيل شركة العقد

(الشركة جائزة) لأنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقرهم عليه قال (الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين برئها رجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي) وهذه الشركة تحقق في غير المذكور في الكتاب كما إذا اتهم رجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما أو بخلطهما

بالإضافة فهي إضافة بيانية (قوله الشركة جائزة إلى آخره) قيل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الأصلي الذي هو شركة العقد وقوله تعالى وإن كثيرا من الخططاء أي من المشتركين لا ينص على جواز كل منهما مع أنه حكاية قول داود عليه الصلاة والسلام إخبار الخصمين عن شريعتهم اذ ذلك فلا يلزم استقراره في شريعتنا وأما السنة فما في أبي داود وابن ماجه والحاكم عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريك في الجاهلية فكنت خيرا شريك لا تدارى ولا تغارى وروى أحمد ابن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السائب أن النبي صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الإسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاء فقال عليه الصلاة والسلام مرحبا بأخي وشريكى كان لا يدارى ولا يغارى يا سائب قد كنت تعمل أعمالا في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك وكان ذا سلف وصداقة واسم السائب صفي بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول السهيلي فيه أنه كثير الاضطراب فغهم من يرويه عن السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم من يرويه عن عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت به شيء ولا تقوم به حجة انما يصح إذا أراد الحجة في تعيين الشريك من كان أم أغرضنا وهو ثبت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثبت على كل حال قال ابراهيم الحاربي في كتابه غريب الحديث يدارى مهموز في الحديث أي يدافع ثم أراد المشايخ هذا انما يفيد أن الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل أعني أنه بعث وهم يتشاكرون فقرهم ومفيدة الجزء الثاني ما في أبي داود ومستدرک الحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام قال الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانا خرجت من بينهما زدرزين وجاءه الشيطان وضعفه القطان بجعله والد أبي حيان وهو سعيد بن أبي حيان والرواية عن أبي حيان عن أبيه وهو سعيد بن حيان ورواه غيره عن أبي حيان مرسلًا ورواه الدارقطني يدا الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهم ولا شك أن كون الشركة مشروعة أظهر بثبوتها بثبوتها من هذا الحديث ونحوه إذا التوارث والتعامل بهما من لدن النبي صلى الله عليه وسلم وهم جرام متصل لا يحتاج فيه إلى إثبات حديث بعينه فلهذا لم يرد المصنف على ادعاء تقريره صلى الله عليه وسلم عليها (قوله الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين برئها رجلان أو يشتريانها) وظاهر هذا الجمل من القدوري القصر فذكر المصنف أنها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما إذا اتهم عينا أو ملكاها بالاستيلاء بأن استولى على مال حربي يملك ماله بالاستيلاء واختلط مالهما من غير صنع من أحدهما بأن اتفق كسهما المتجاوران فاختلف ما فيه ما أو اختلط بخلطهما خلط يمنع التميز كالخطة بالخطة أو بتعسر الخطة بالشعر ولو قال العين يملكها كان شاملا إلا أن بعضهم ذكر من شركة الأملاك الشركة في الدين فقيل مجاز لأن الدين وصف شرعى لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا وإذا جاز بهته عن عليه وقد يقال إن الهبة مجاز عن الاسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه والحق ما ذكرنا من ملكه ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى إذا دفع من عليه إلى أحدهما شيئا كان لا يخرج رجوع عليه بنصف ما أخذ وليس له أن يقول هذا الذي أخذته حصق وما بقي على المدينون حصتك ولا يصح من المدينون أيضا أن

والشركة جائزة لأن النبي  
عليه الصلاة والسلام بعث  
والناس يتعاملون بها فقرهم  
عليه وتعاملها الناس من  
لدن رسول الله صلى الله عليه  
وسلم إلى يومنا هذا من غير  
نكير منكر وهي على ضربين  
شركة أملاك وشركة عقود  
وكلامه ظاهر

قال المصنف (فشركة  
الاملاك العين) أقول أي  
شركة العين فالصنف مقدر  
قال المصنف (برئها رجلان  
أو يشتريانها) أقول قوله  
برئها صفة العين كما في قوله  
تعالى كمثل الجار يحمل  
أسفارا

قوله ابن خثيم بضم الخاء  
كافي أسماء الرجال لابن حجر  
اه

خلط يمنع التمييز رأساً والأبهرج ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى (والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما ما شاركك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت)

يعطيه شيئاً على أنه قضاء وآخر الآخر قالوا والحيلة في اختصاص الآخر أخذ بما أخذ دون شريكه أن يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركة أنه لا يجوز أن يتصرف في نصيب شريكه إلا بأمره لأن كلا منهما في نصيب الآخر كالأجنبي عن الشركة لعدم تضمينها وكالة وأنه يجوز له أن يبيع نصيبه من الشريك في جميع الصور (و) أما من غير الشريك فيجوز بغير إذنه في جميع الصور إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز) بيع أحدهما نصيبه من غير الشريك (الإبازن الشريك) قال المصنف (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) وحقيقة الفرق ما أشار إليه في الفوائد الظهير وهو أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتري باخطة أو ورثاها كانت كل حصة مشتركة بينهما فيبيع كل منهما نصيبه شائعاً بمن الشريك والأجنبي بخلاف ما إذا كانت بالخلط والاختلاط لأن كل حصة مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها شركة فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه الاخلوطاً بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم وأما ما ذكر شيخ الإسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعدى سبب الزوال الملك عن المخلوط ماله إلى الخلط فإذا حصل بغير تعدى يكون سبب الزوال ثابتاً من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد أثلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجهه فإن تمام السبب فيه هو التعدى فعند عدمه لا يثبت من وجهه والالكانت جميع المسيبات ثابتة من وجهه قبل أسبابها وأيضاً فالزوال إلى الخلط عيناً لا إلى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما أثلاً إلى الشريك الآخر عند البيع من الأجنبي بل المترتب عليه اعتبار ما أثلاً إلى الشريك الخلط عيناً فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما أثلاً إلى الشريك في البيع من الأجنبي بل اعتبار نصيب غير الخلط فقط إذا باع من الأجنبي وانما قلنا إن تمام السبب التعدى لأن الخلط لا يظهر أثره في ذلك وانما يثبت به أي تعدى هو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدى في خاطه (قوله والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول) ثم فسرها المصنف بقوله (وهو أن يقول أحدهما ما شاركك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) أي في كذا من المال وفي كذا من التجارات البرازية أو البقالية في العنان أو في كل مالي ومالك وهما متساويان وفي جميع التجارات وكل كفضيل عن الآخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سيأتي وليس اللفظ المذكور بلامرئيل المعنى ولهذا لودفع ألفاً إلى رجل وقال أخرج مثلها واشتر ما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر أو أخذها وفعل انعقدت الشركة وينسب الشهاد عليها وذو كرمه درجة الله كيفية كتابتها فقال هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة ثم بين قدر رأس مال كل منهما ويقول ذلك كله في أيديهما يشتركان بهو يبيعان جميعاً وشقي ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد والتسيئة وهذا وان ملكه كل بطلق عقد الشركة الآن بعض العلماء يقول لا يملكه واحد منهما إلا بالتصريح به فلا تحرز عنه يكتب هذا ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من ضيعة أو تبعة فكذلك ولا خلاف أن اشتراط الوضعية بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط الربح متفاوتاً عندنا صحيح فيما سبقت ذكره فأن كانا شرطاً متفاوتاً فيه كتباه كذلك ويقول اشتركا على ذلك في يوم كذا في شهر كذا وانما يكتب التاريخ كي لا يدعي أحدهما لنفسه حقاً فيما اشتراه الآخر قبل

وقوله (خلط يمنع التمييز رأساً) كخلط الخلطة بالخلطة أو الأبهرج كخلطها بالشعير وقوله (فإنه لا يجوز) يعني البيع (من الأجنبي) إلا بإذن شريكه وقوله (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) قبل الفرق أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدى سبب الزوال الملك عن المخلوط إلى الخلط فإذا حصل بغير تعدى كان سبب الزوال ثابتاً من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد أثلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه عملاً بالشبهين

وقوله (قابلا لوكالة) احتراز عن الشركة في التكتي والاحتشاش والاحتطاب (٥) والاصطيان المثلث في هذه الصور

يقع لمن يشر سببه خاصا  
لاعلى وجه الاشتراك  
أي شركة العقود كلها  
متضمنة لعقد الوكالة ثم  
شركة المفاوضة من بينها  
مخصوصة بتضمن عقد  
الكفالة ثم على تضمين هذه  
العقود الكفالة بقوله  
(ليكون ما يستفاد بالتصرف  
مشتركا بينهما ما فيحقق  
حكمه المطالب منه) أي  
من عقد الشركة وشرح  
هذا ان هذه العقود وانما  
تضمنت الوكالة لان من حكم  
الشركة ثبوت الاشتراك  
في المستفاد بالتجارة ولا  
يصير المستفاد بالتجارة  
مشتركا بينهما الا ان يكون  
كل واحد منهما وكيل عن  
صاحبه في النصف وفي  
النصف عاملا لنفسه حتى  
يصير المستفاد مشتركا بينهما  
فصار كل واحد منهما  
وكيل عن صاحبه بمقتضى  
عقد الشركة وقوله ثم هي  
أربعة أوجه ذكر في  
وجه الحصر على ذلك ان  
الشريكين اما ان يذكر  
المال في العقد أو لا فان  
ذكره فاما ان يلزم اشتراط  
المساواة في ذلك المال في  
رأسه ورجحه أو لا فان لم  
فهي المفاوضة والا فالعنان  
وان لم يذكره فاما ان يشترط  
العمل فيما بينهما في مال  
الغير أو لا فالاول الصنائع

وشروطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة (ليكون ما يستفاد بالتصرف  
مشتركا بينهما ما فيحقق حكمه المطالب منه) (ثم هي أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع  
وشركة الوجوه فأمّا شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيسأويان في مالهما وتصرفهما وديتهما)  
لأنها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق أذهى  
من المساواة قال قائلهم

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم \* ولا سراة اذا جهالهم سادوا

أي متساويين

هذا التلخيص (قوله) وشروطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة (وعقد الشركة  
منصوب على المصدر معقود ولا المعقود وكل صور عقود الشركة يتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة  
وانما شرط ذلك (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما ما فيحقق حكمه) أي حكم عقد الشركة  
(المطالب منه) وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيل عن صاحبه في النصف وأصلا في  
النصف الآخر لا يكون المستفاد مشتركا لا اختصاص المشتري بالمشتري واحترازه عن الاشتراك في  
التكتي والاحتطاب والاحتشاش والاصطيان المثلث في كل ذلك يختص بمن يشر السبب (قوله  
ثم هي) أي شركة العقود على (أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه)  
فيل في وجه الحصر ان العقد اما ان يذكر فيه مال أو لا وفي الذي ذكره انما تشترط المساواة في المال ورجحه  
وتصرفه ونفعه وضرره أو لا فان شرط ذلك فهو المفاوضة والافه والعنان وفي عدم ذلك المال (اما) أن  
يشترط العمل في مال الغير أو لا فالاول الصنائع والثاني الوجوه وقيل عليه أنه يقتضي أن شركة الصنائع  
والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عنانا وليس كذلك كما سئل كره فيما يأتي فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان  
أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي حيث قالوا الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالاموال وشركة بالأعمال  
وشركة بالوجوه وكل منهما على وجهين مفاوضة وعنان وسأى البيان ان شاء الله تعالى (قوله) فأمّا شركة  
المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيسأويان في مالهما وتصرفهما وديتهما) ويكون كل منهما كفيلا  
عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتره كانه وكيل عنه (لأنها شركة عامة) يفوض كل منهما إلى  
صاحبه على العموم (في التجارات) والتصرفات لأن الفوضى الشركة والمفاوضة المساواة فإلزام مطلق  
المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم المساوى في ذلك ولا يخفى أن قول المصنف أذهى من المساواة تساهل  
لأنها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هي من التفويض أو الفوضى الذي منه فاض الماء اذا دهم  
وانتشر وانما أراد ان معناها المساواة واستشهد بقول الفوه الاودي

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم \* ولا سراة اذا جهالهم سادوا

وبعد

اذا تولى سراة الناس أمرهم \* نغالى ذلك أمر القوم وازدادوا

وقيل بعده

تمدى الأمور بأهل الرأي ما صلت \* فان تولت قبل جهال ينقادوا

ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرعون اليه بل كان كل واحد مستقلا  
ينفذ مراده كيف كان تحققت المنازعة كما في قوله تعالى لو كان فيهم - آلهة الا الله لفسدنا والسراة  
جمع سرى وهو السيد وجعله صاحب الفصل اسم جمع له كركب في راكب والسرى فعيل جمع على  
فعلة بالتحريك وأصله سر وفتح كركب والواو انفتح ما قبلها قلبت ألفا فصار سراة وأصل سرى سرى

والثاني الوجوه ومعنى البيت لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساوين اذ لم يكن لهم أمراء وسادات فانهم اذا كانوا متساوين يتحقق  
المنازعة بينهم والسراة جمع السرى وهو جمع عزير لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسرى

وقوله فلا يمتنع تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء اما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ اشتقاقه واما انتهاء فلان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهم ما يولاه الامتناع بعد عقد الشركة فكان لا بد واما حكم الابتداء وفي ابتداء المفاوضة تشترط المساواة فكذا في الانتهاء (وقوله وذلك) أى تحقيق المساواة (٦) في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه

الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض أو ديون على الناس لا تبطل المفاوضة مالم تقبض الديون وقوله (كل ذلك بانفراده فاسد) أى كل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكلتك بالشراء أو بشراء الثوب كان فاسدا وكذلك الكفالة للمجهول بالعلوم باطل فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالاطلاق فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لا خروكتك في مالى اصنع ما شئت فانه يجوز له ان يتصرف في ماله أجيب بأن العموم ليس بمرادها فانها لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز

قال المصنف (وكذا في التصرف) أقول عطف على قوله وذلك في المال قال المصنف (وكذلك في الدين) أقول عطف على قوله وذلك في المال (قوله لما بين ان شاء الله تعالى) أقول اشارت الى قوله ولا بين

فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفا لكانت الآثار التساوي وكذلك في الدين لما بين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحضانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا أعرف ما للمفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاوضوا فانه أعظم للبركة اجتماعا وسبقت احدهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم ادغمت في الياء وسألت وجه المساواة (فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء) عند عقد الشركة (وانتهاء) أى في مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما ان يفسخه اذا شاء فكان لبقائه حكم الابتداء فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالماليين لان الشركة انتقلت الى المشتري فانما تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه ولو اشترى بجميع مال أحدهما ثم فضل مال الآخر ففي القياس تفسد المفاوضة وفي الاستحسان لا تفسد لان الشراء بالماليين جميعا قل ما يتفق فيما بينهما بشرطه خرج ولان المساواة قائمة معنى لان الآخر لما ملك نصف المشتري صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف الملم يستحق به لصاحبه غير انه لا يشترط اتحادهما صفة فلو كان لاحدهما دراهم سود وللاخر مثلها يبيض وقيمتاهم متساوية بحيث المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لو كان لاحدهما ألف وللاخر مائة دينار وقيمتها ألف صحت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ورث أحدهما دراهم وأتتهبها تنقلب عنانا ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوي ما تصح به الشركة من الدراهم والدينار والفلاس على قوله مادون العروض ولو كان لاحدهما اوديعة نقد لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صحت الى أن يقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا ولذا يعتبر التساوي في التصرف فانه لو ملك أحدهما تصرفا لم يملكه الآخر فالتساوي وكذا في الدين لما بين عن قريب (قوله) وهذه الشركة جائزة في قول أصحابنا رحمه الله استحضانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما للمفاوضة) وهذا يلزم تناقض به كما قيل اذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لان العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع وما لا وجود له شرعا لا يحكم به وقد حكى عن أصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهي أن يفوض كل منهما الى الآخر التصرف في غيبته وحضوره وتكون يده كيد غير ان لا يشترط التساوي في الماليين وعن روى عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره الشيخ أبو بكر الرازي (وجه) قوله ما هو وجه (القياس) انها تضمنت الوكالة (بشراء) بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل بانفراده فاسد ولو قال وكلتك بشراء عبد أو ثوب لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ولو كفل لمن سيدينه بما يلزمه لا يصح فاجتماعها يزيد فسادا فان قيل الوكالة العامة جائزة كما لو قال لا خروكتك في مالى اصنع فيه ما شئت حتى يجوز له ان يفعل فيه ما شاء قلنا العموم غير مراد فانه لا يثبت وكالة كل في شراء طعام أهل الآخرة كسوتهم فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس (وجه الاستحسان) أمران أحدهما (ماروى عنه صلى الله عليه وسلم) انه قال فاوضوا فانه أعظم للبركة أى ان عقد المفاوضة أعظم للبركة وقوله صلى الله عليه وسلم اذا فاضتم

فاحضوا

المسلم والكافر قال المصنف (وقال مالك لا أعرف ما للمفاوضة) أقول قال في الكافي

وهو تناقض لانه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذا لا تصديق بالاتصاف وورد هذا بان قوله لا أدري ما يكون حكما بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض اه وفيه بحث

وكذا الناس يعاملونهم من غير تكبر وبه يترك القياس والجهالة متعملة تبعاً لكافي المضاربة (ولا تنعقد  
الابلقطة المفاوضة) لبعده شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعبر هو  
المعنى قال (فتجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقيق التساوي وان كان أحدهما كتابياً  
والآخر مجوسياً تجوزاً أيضاً) لما قلنا (ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ) لانعدام  
المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما الا باذن المولى

فاحسبوا المفاوضة وهذا الحديث لم يعرف في كتب الحديث أصلاً والله أعلم به ولا يثبت به حجة على  
الخصم وانما أخرج ابن ماجه في التجارات عن صالح بن صهيب عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله  
عليه وسلم ثلاث فيمن البركة البيع الى اجل والمقارضة واخلاق البر بالشعير للبيت لا للبيع وفي  
بعض نسخ ابن ماجه المفاوضة بدل المقارضة ورواه ابراهيم الحاربي في كتاب غريب الحديث وضبطه  
المعارض بالعين والاضاد وفسرها يبيع عرض بعرض مثله (والآخر) ما ذكره من (أن الناس تعاملوا  
بهم من غير تكبر وبه يترك القياس) لان التعامل كالأجتماع ولو منع ظهور التعامل به على الشروط  
التي ذكرتم من المساواة في جميع ما يملكه كل من التقوّل على شرط التفويض العام كما عن مالك أمكن  
ثم أجاب عن القياس فقال (الجهالة متعملة) لانها انما تثبت (تبعاً) والتصرف قد يصح تبعاً ولا يصح  
مقصوداً (كافي المضاربة) فانها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم  
الالزام وانتظم الكلام الكلي وهو قوله والجهالة متعملة تبعاً الجواب عن الزام الكفالة لمجهول وفصل  
الجواب فيها في المبسوط فقال وأما الجهالة فعينها لا تبطل الكفالة ولكن يمكن المنازعة بسببها وهو  
منعدهم هنالان كل واحد انما يصير ضامناً عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند الزوم المضمون له والمضمون  
بهم معلوم وكان المصنف انما لم يرج عليه لانه لو صح صحت الكفالة لمجهول ابتداء لان عند الزوم  
لا بد ان يتعين المكفول له فاكتفى بنفي الالزام بما ذكر من ان الشيء قد يصح تبعاً لا يصح اولا يلزم من عدم  
صحة الكفالة كذلك قصد عدم صحتها ضمناً وعلى هذا يمكن اثبات صحتها شرعاً أخذاً من هذا الجواب  
هكذا تصرف نافع لا مانع فيه في الشرع فوجب صحتها والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة بمجهول  
يمنع اذا ثبت قصد اولا يلزم من منع الشيء اذا ثبت قصد ابعاده اذا ثبت ضمناً فان قيل فمن أين اشتراط  
المساواة في المال قلنا هذا امر يرجع الى مجرد الاصطلاح وذلك ان الشركة في صورة يكون الشريكان  
متساويين المالين على وجه التفويض على العموم جائزة بلا مانع كافي صورة عدم تساويهما فقلنا ان  
عقد اعلى الوجه الاول سمي الشركة مفاوضة والاسميناها عنا غيرانا كنفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت  
الشرط المذكور بلعلنا اياه علماً على تمام المساواة في أمر الشركة فانها اذا كانت تحت أحكامها اقامة اللفظ  
مقام المعنى بخلاف ما اذا لم يذكرها لعدم تحقق رضاها بأحكامها الا أن يذكر اتمام معناها بان يقول  
أحدهما وهما حران مسلمان بالغان أو ذميان شاركتهما في جميع ما أملاك من نقد وقدر ما تملك على وجه  
التفويض العام من كل منالاً آخر في التجارات والنقد والنسيئة وعلى ان كلا مناضمان على الآخر  
ما يلزمه من أمر كل بيع وهذا قول المصنف (وتنعقد بلفظ المفاوضة لبعده شرائطها عن فهم العوام حتى  
لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعبر هو المعنى) واللفظ وسيلة الى افهامه ولو عقد بلفظ المفاوضة  
وبعض شرائطها منصف انعقدت عنا اذا لم يكن المتفق من شروط العنان ويكون تعبيراً بالمفاوضة عن  
العنان (قوله وان كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً) إن فيه للوصول وقوله (لما قلنا) أي  
لتحقق التساوي اذا كفر كاهم لاه واحد (قوله ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ  
تغذر المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما الا باذن المولى

(قوله والجهالة متعملة  
تبعاً كافي المضاربة) يعني  
الوكالة بمجهول الجنس  
موجودة في المضاربة وهي  
جائزة هناك تبعاً فكذلك  
ههنا ألا ترى ان شركة  
العنان تصح وان تضمنت  
ذلك لان ما يشتريه كل  
واحد منهما غير مسمى عند  
العقد فكذلك المفاوضة  
وقوله (لان المعبر هو المعنى  
دون اللفظ) يوضحه ان  
الكفالة بشرط براءة الاصيل  
حوالة والحوالة بشرط  
ضمان الاصيل كقالة وقوله  
(لما قلنا) اشارة الى قوله  
لتحقق التساوي أي في  
كونهم ذميين وقوله (ولا  
تجوز) أي المفاوضة بين  
الحر وبين المملوك ظاهر

واعترض على قوله ولهما أنه لا تساوى في التصرف بان المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسى مع انهما لا يتساوىان في التصرف فان المجوسى يتصرف في الموقوفة لا اعتقاده المالية فيها والكتابى لا يتصرف فيها وكذلك الكتابى يؤجر نفسه للذبح دون المجوسى لان ذبيحته لا تحل وكذلك تصح بين الحنفى والشافعى (٨) مع وجود التفاوت بينهما كما قال أبو يوسف وأجيب بأن عدم المساواة مبطل

للعقد لاحالة والتفاوت في الموقوفة لم يعتبر لان من جعل الموقوفة مالا متقوما لا يفصل فيه بين الكتابى والمجوسى فتتحقق المساواة وأما مؤاجرة نفسه للذبح فان المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى لان كل واحد من الكتابى والمجوسى من أهل ان يتقبل ذلك العمل على أن يقيم بنفسه أو بنائبه واجارة المجوسى للذبح صحيحة يستوجب بها الاجر وان كان لا تحل ذبيحته وأما مسألة الحنفى والشافعى فان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان متروك التسمية عامد ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه للحنفى والشافعى جميعا لثبوت ولاية الازام بالحاجة فتتحقق المساواة بينهما فى المال والتصرف وقوله (ولابن الصبيين) يعنى وان أذن لهما أبوهما لان مبنى المفاوضة على الكفالة وهما اليسامن أهل ذلك وكذلك الكتابان وقوله (انهو) أى العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما يعنى قد يكون عاما فى أنواع التجارة وقد يكون فى نوع خاص منها والمفاوضة

والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولى قال (ولابن المسلم والكافر) وهذا قول أبو حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز للتساوى بينهما فى الو كالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوى والحنفى فانها جائزة ويتفاوتان فى التصرف فى متروك التسمية الا انه يكره لان الذى لا يمتدى الى الجائر من العقود ولهما أنه لا تساوى فى التصرف فان الذى لو اشترى برأس المال خورا أو خنازير يصح ولو اشترى ما مسلم لا يصح (ولا يجوز بين العبدان ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين) لانعدام صحة الكفالة وفى كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك فى العنان كان عنانا لا اجتماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما

والصبي لا يملك الكفالة (أصلا ولو أذن له الولى) ولا يملك التصرف الا باذنه قال (ولابن الكافر والمسلم وهذا عند أى حنيفة ومحمد رجهما الله وقال أبو يوسف رجه الله يجوز للتساوى بينهما فى صحة الو كالة والكفالة) وكون أحدهما هو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لا معتبر به بعد تساوىهما فى أصل التصرف مباشرة وو كالة وكفالة (وصار كالمفاوضة بين الشافعى والحنفى فانها جائزة ويتفاوتان فى العقد على متروك التسمية الا انه يكره) أى عقد الشركة بين المسلم والكافر (لان الذى لا يمتدى الى الجائر من العقود ولا يمتد من الربا فيكون سببا لوقوع المسلم فى كل الحرام) وقوله الا انه يكره استثناء من قوله قال أبو يوسف يجوز بناءه على استعمال الجواز فى أعم من الاباحة بمعنى استواء الطرفين وهو ما لا يعاقب عليه وفيه نظر لان قضية الاستثناء ان ينتق الحكم عما به عدا لا فيكون قد أخرج الكراهة التى يتضمنها الجواز عنه فلا يثبت قائما هو استدراك من الجواز فان طلقه ينصرف الى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة أى لكن مكروه وبعض أهل الدرس قالوا يريد الاستثناء المنقطع لما رآه بمعنى لكن وهو غلط لان المستثنى فى المتصل والمنقطع يخرج من حكم الصدر فالجواز لم يجزى فى قولك جاؤا الا حارا فيقتضى إخراج الكراهة عن ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة (ولهما أنه لا تساوى فى التصرف فان الذى لو اشترى برأس ماله خورا أو خنازير يصح ولو اشترى ما مسلم لا يصح) لكن بقى قول أبى يوسف كالمفاوضة بين الحنفى والشافعى مع التفاوت فيما يملكان لم يجب عنه وكذا بين الكتابى والمجوسى فان المجوسى يتصرف فى الموقوفة لانه يعتقد مالينها دون الكتابى وكذا الكتابى يؤجر نفسه للذبح دون المجوسى وأجيب بأن من جعل الموقوفة مالا متقوما فى حقهم فلا فصل بين المجوسى والكتابى فتتحقق المساواة فى التصرف وأما مؤاجرة نفسه للذبح فكل منهما من أهل ان يتقبل ذلك العمل على ان يعمل بنفسه أو نائبه واجارة المجوسى نفسه للذبح جائزة ليستوجب بها الاجر وان كان لا تحل ذبيحته وأما الحنفى والشافعى فالمساواة ثابتة لان الدليل على كونه ليس مالا متقوما قائم وولاية الازام بالحاجة ثابتة بانحدام الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعى كالحنفى وأما المسلم مع المرتد فلا يجوز الشركة بينهما فى قولهم هكذا ذكره الكرخى وذكر فى الاصل قياس قول أبى يوسف انه يجوز عنده (قوله ولا بين الصبيين) يعنى ولو أذن وليهما لانهم ليسا من أهل الكفالة ولا بين العبدان والكتابين (قوله وفى كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الخ) وذلك كالموقف بالغ وصبي أو حر وعبد أو مكاتب أو شرط عدم الكفالة تصير عنانا وان عم التصرف والمال وتساوىانه لان عقد

شركة

عامة فيها الجازان يذ كر لفظ المفاوضة ويراد معنى العنان كما يجوز اثبات معنى الخصوص بل لفظ العموم

(قوله على أن يقيم بنفسه أو بنائبه الخ) أقول فيه بحث فان المسلم أبضا من أهل أن يشتري الخمر والخنزير بنائبه كما سيجي فى كتاب الو كالة وجوابه ان اجارة نفسه صحيحة دون اشتراء المسلم الخمر فتأمل

(قوله وتنعقد على الوكالة والكفالة) أي تنعقد شركة المفاوضة على الوكة كعامة الشركات ليحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما ينابيع قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً وعلى الكفالة هو على معنى أن يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما يشاء الآخر وإليه أشار بقوله لتحقيق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً وقوله (لأن مقتضى العقد تعليل المستثنى منه) وهو قوله قد يكون على الشركة وقوله (لما ينشأ) إشارة إلى هذا التعليل وقوله (وللبائع) أي لبائع الطعام والكسوة (قوله) فما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستئجار) أما صورة البيع والشراء فظاهرة وأما صورة الاستئجار فهو أن يستأجر أحد المتفاوضين أحداً في تجارتهم أو دابة أو شيئاً من الأشياء فلم يؤجر أن يأخذ أيهما شاء لأن الأجرة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك أن استأجره لحاجة نفسه أو استأجره لبلد إلى مكة فيجوز عليها فلا مكارى أن يأخذ أيهما شاء إلا أن شريكه إذا أدى من خالص ماله يرجع به عليه لأنه أدى ما كفل عنه بأمره وأن أدى (٩) من مال الشركة يرجع عليه بنصيب من المؤدى وأما في شركة العنان فلا يؤخذ

قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما ينابيع وأما الكفالة فتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً قال (وما يشترطه كل واحد منهما) يكون على الشركة الطعام وأهله وكسوتهم) وكذا كسوته وكذا الأدام لأن مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراً أحدهما كشرائهما إلا ما استثناء في الكتاب وهو استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فإن الحاجة الرتبة معلومة الوقوع ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس أن يكون على الشركة لما ينشأ (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) المشتري بالأصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع التكفل على المشتري بحصته عما أدى لأنه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما قال (وما يلزم كل واحد منهما من الدين بدلا عما يصح فيه الاشتراك) فلا أثر ضامن له تحقيقاً للمساواة فما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة

شركة العنان قد يكون عاماً كما يكون خاصاً بخلاف المفاوضة لا تكون إلا عامة (قوله وتنعقد) أي المفاوضة (على الوكالة والكفالة) وإن لم يصرح بهما فإن ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكر أي وكالة كل منهما عن الآخر في نصف ما يشترطه وكفالة كل منهما الآخر (أما) انعقادها على (الوكالة) فتحقق غرض الشركة (قوله) (على ما ينشأ) يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيحقق الاشتراك في الربح (وأما الكفالة) فتحقق المساواة التي هي مقتضى المفاوضة (فما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما) بسبب ما هو من أفعالها وما يشبه ما هو تجارتها (وما يشترطه كل واحد منهما) يكون على الشركة الطعام وأهله وكسوتهم) فيختص به ومع ذلك يكون الآخر كفلاً عنه حتى كان لبائع الطعام والكسوة وللعائلة وأدامهم أن يطالب الآخر ويرجع الآخر بما أدى على الشريك المشتري بخلاف ما لو اشترى أحدهما جارية لوطاً بآذن شريكه فإنه يختص بهما على ما سأل في آخر الشركة إن شاء الله تعالى وإنما اختص بذلك ولم يقع على الشركة استحساناً بالضرورة (فإن الحاجة الرتبة معلومة وقوعها) أي المستمرة من قولهم رتب الشيء إذا دام ومنه أمر ترتب أي دائم يفتح البناء الثانية وضمها (ولا يمكن إيجاب نفقة عياله على صاحبه) فكان مستثنى ضرورة (والقياس وقوعه على الشركة لما ينشأ) من أن مقتضى العقد المساواة ثم كفالة كل الآخر أغاها فيهما ومن ضمان التجارة

(٣ فتح القدير - خامس) عليه ليس له أن يخلف الآخر لما ينشأ بصورة الخلع ما إذا كانت المرأة عقدت عقداً للمفاوضة ثم خالعت مع زوجها فإلزام عليهم أن يدل الخلع لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا يتبين صورة غيره

قال المصنف (وللبائع أن يأخذ بالثمن إلى قوله ما أدى) أقول ما ثبت بالضرورة بتقدير بقدر الضرورة ولهذا لم تعد إلى الكفالة وبقيت على مقتضى القياس فلست أمل قال المصنف (فما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار) أقول قال الاتفاق ولنا في عبارة صاحب الهداية نظراً لأن حق الكلام أن يقول فما يصح فيه الاشتراك من المشتري وأجرة ما استأجر لأنه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستئجار كذلك حق الكلام أن يقول ومن القسم الآخر أضرار الجناية والمهر والنفقة الخ لأنها هي الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الجناية والنكاح والخلع أنفسها إلى آخر ما قال فيعلم بأن في فكر أن شاء الله تعالى اه وفيه بحث وقوله لأنه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستئجار بحيث لا أن الكلام فيما يصح فيه الاشتراك لا في الدين الواقع بدلا عنه فينبغي أن يقول فما يصح فيه الاشتراك فيه المشتري والمستأجر وفس عليه

به غير الذي استأجره لأنه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم الآخر الجناية على بني آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة فلو ادعى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطأها أربش مقدروا استحلفه خلف ثم أراد أن يستخلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفلاً له إلا أن يرى أنه لو ثبت بالبينات أو عناية السبب لم يكن على الشريك من وجهائش ولا خصومة للمعنى عليه معه وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد والنفقة إذا ادعاه على أحدهما وحلفه

(قوله ولو كفل أحدهما) ظاهر (قوله ولو صدر) يعني عقد الكفالة وانما قيد بحال المرض لان المريض لو أقر بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار به يلاقي حال بقائها وفي حال البقاء الكفالة معاوضة (قوله فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة) يعني (١٠) وحاجتنا هنا الى البقاء اذا المطالبة نتوجه بعد الكفالة لانها حكمها فملزم المال على

الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حال البقاء بخلاف الصبي وغيره لان كلامنا في الابتداء بأنه هل يلزمه أو لا فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم نعتبر هنا لان الابتداء ثمة محتاج اليه ولا كذلك هنا الصحة الابتداء لكون الضامن من أهل الضمان دون الصبي (قوله لم يصح ممن ذكره يريد به الصبي والمجنون الخ) وأما الاقراض فعند أبي حنيفة يعني ان فيه روايتين قال في المسوط ان اقراض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أبي حنيفة لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع (قوله ولئن سلم فهو اعارة) أي ولئن سلمنا ان اقراض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فاعاارة لا يلزم لان الاقراض اعارة لا معاوضة بدليل جوازه اذا لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم بهذا ان ما يأخذ المقرض بعد الاقراض حكم عين ما أقرضه لاحكم بدله كما في الاعارة الحقيقية

(قوله وانما قيد بحال المرض) أقول يعني انما

قال (ولو كفل أحدهما) عمل عن أجني لزم صاحبه عند أبي حنيفة وقال لا يلزمه) لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولا يبي حنيفة انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره وتصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وانتهاء وأما الاقراض فعن أبي حنيفة انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة

أما ويشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار ان شاء أخذ المشتري منه بدنه وان شاء أخذه شريكه وضمن التجارة كمن المشتري في البيع الجائز وقيمته في الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب أو استهلاك عند أبي حنيفة أو ودعة اذا أجمدها أو استهلكها وكذا العارية لان تقرير الضمان في هذه المواضع يفيد له الأصل قصير في معنى التجارة ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كاروش الجنائيات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص وعن هذا ليس له أن يحلف الشريك على العلم اذا أنكر الشريك الجاني بخلاف ما لو ادعى على أحدهما ما يبيع خادم فأنكر فلم يدعي أن يحلف المدعي عليه على التات وشريكه على العلم لان كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعي يلزمه - ما بخلاف الجنابة لو أقر أحدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستحلاف وصورة الخلع ما لو عقدت امرأته شركة مفاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت بيد الخلع أو التزمت أحد الشريكين وهو أجني (قوله ولو كفل أحدهما) عمل عن أجني لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يلزم صاحبه لانه أي الكفيل (متبرع ولهذا لا تصح) الكفالة (من الصبي والعبد المأذون والمكاتب وله - هذا) أيضا (لو صدر) أي عقد الكفالة (من المريض مرض الموت يصح من الثلث وصار كالاقراض) اذا أقرض أحدهما من مال التجارة لانسان لا يلزم الشريك وانما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لان المريض لو أقر بكفالة سابقة على المرض لزمته في كل المال بالاجماع لان الاقرار به يلاقي حال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما سلكه ذكره في الاسرار وكون الاقراض لا يلزم الشريك ولو أخذ به سفتحة هو قول محمد وظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقال بعضهم وقال أبو يوسف لا يجوز ونسبه الى الايضاح وعبارة الايضاح نقلها في النهاية وغيرها هكذا قال يضمن يعني المقرض لشريكه توى المال أو لم يتو وقياس قول أبي يوسف يضمن المقرض حصه شريكه قال وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة فعند أبي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك فكذا المقرض وعند أبي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض (ولابي حنيفة انه) أي عقد الكفالة (عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء) كالهبة بشرط العوض (لانه) أي الكفيل المدلول عليه بالكفالة (يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤدي به عنه) اذا كفل بأمره فيلزم شريكه بعد ما لزم عليه (فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لا يصح ممن ذكره) والوجه أن يقول ممن ذكره يعني الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولا يبعد أن يكون مبنيا

المفعول

قيد الصدور بحال المرض قال المصنف (لانه يستوجب الضمان) أقول لتعليل لكون الكفالة معاوضة

فيها بقاء قال المصنف (وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره) أقول قال الاتقاني أي ذكره أبو يوسف ومحمد وكان القياس أن يقول ذكره بضمير الاثنين أو كان القياس أن يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على صيغة المبني للمفعول ففعله وقع هكذا من قلم الكاتب اه والامر فيه سهل فان الضمير المستتر راجع اليهما بتأويل المذكور بل من ذكر

(قوله حتى لا يصح فيه الاجل) أي لا يلزم لان تأجيل الاقراض والعارية جائز لكن لا يلزم المضي على ذلك التأجيل (قوله ولو كانت الكفالة بغير أمره) متصل بقوله اذا كانت الكفالة بأمره (قوله في الصحيح) اشارة الى اني ما ذهب اليه عامة المشايخ في شرح الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما اذا كانت بأمره أو بغير أمره لاطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع ما ذهب اليه الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير من التفرقة بينهما وأجاب عن اطلاق جواب الكتاب أي الجامع الصغير بأنه محمول على المقيد وهو الكفالة بالأمر لانه حينئذ تكون معاوضة انتهاء والا فهو متبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه (١١) وضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة

عند أبي حنيفة يعني في أنه يلزم شريكه وعند محمد ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في أنه يلزمه أيضا وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول انه لا يلزم الشريك وتلمح تحرير المذهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة بأن محمدا مع أبي حنيفة في لزوم ضمان الغصب والاستهلاك الشريك فلا يكون تخصيص أبي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه وجه قول أبي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان واجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كالأرض الجنابة وله ما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل مال محتمل للشركة فانه يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك الغصوب والمستهلك بالضمان وكذلك يصح اقرار المأذون له

فيكون مثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير أمره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة لانه معاوضة انتهاء

للقول بلا ضمير وانتهى سقط من قلم الكاتب ما يشبه الهاء وهذا لان الكفالة في الابتداء تبرع فلا يتصور تمامها معاوضة لان التمام بناء على الابتداء وقد يقال ان الكفالة تلاقى الذمة والذمة في المأذون كالشركة بينه وبين المولى حتى يصح اقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه بخلاف الحر البالغ لانها لاقت حقه فصحقت ثم تمت معاوضة فلزم الشريك لان لزومه ليس في حال البقاء لانا انما نقول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل بخلاف الكفالة بالنفس فانها تبرع ابتداء وبقاء اذا لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئا في ذمته من المال وأما الاقراض فانه اعادة محضة ابتداء وانتهاء لامعاوضة والا كان بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية (فيكون مثلها) أي لمثل الدراهم أو الدنانير المقرضة (حكم عينها لا حكم البدل ولهذا لا يصح فيه التأجيل) أي لا يلزم ان يجري على موجب التأجيل في الاعارة والقرض والالزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على ان عن أبي حنيفة رواية الحسن في القرض انه يلزم الشريك بناء على تشبيه المعاوضة بلزوم المثل فلنا ان نمنع (قوله ولو كانت الكفالة بغير أمره) أي امر المكفول عنه (لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة) انتهاء أيضا اذ لا يتمكن من الرجوع عليه وقوله في الصحيح بشي الى خلاف المشايخ وما ذكره المصنف مختار الفقيه أبي الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشايخ جروا على الاطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بأمره أو لا (قوله وضمنان الغصب والاستهلاك) وكذا ضمان الخالفة في الوديعة والعارية والاقرار بهذه الاشياء تلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المصنف بأبا حنيفة هنا لان في ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع أبي حنيفة في أنه يلزم شريكه وفي الكفالة مع أبي يوسف كما نقله أنفالا بي يوسف فيهما انه ضمان واجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كالأرض الجنابة ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا تحتمله الشركة ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ولهذا صح اقرار المأذون به عبدا كان أو صبياحرا وكذا المكاتب ويؤاخذ به في الحال ثم هو بدل مال تصح قيمته الشركة لانه انما يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك وكذا ملك الغصوب والمستهلك بالضمان واذا كان كذلك كان كل من المتفاوضين ملتزما له ضرره ونفعه وفي الكافي الاعارة للرهن نظير الكفالة خلافا وتعللا ووجه كونها معاوضة عنده انتهاء انه لو هلك الرهن في يد المرتهن يرجع المغير على الرهن بقدر ما سقط من دينه ولو أقر أحد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته له لم يلزم الآخر عند أبي حنيفة ويلزمه عندهما وأصله ان الوكيل لا يملك العقد مع هؤلاء عنده خلافا ويؤاخذ به في الحال وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان تجارة لما صح وذلك معنى قوله لانه معاوضة انتهاء

(قوله والاستهلاك بمنزلة التجارة) أقول لا يلائمه قوله فيما سأتى لهما ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة فليست أم في التوجيه (قوله يظهر لك سقوط ما اعترض به) أقول فيه بحث والمعتراض الاتقاني والكاكي (قوله فانه يجب بأصل السبب الخ) أقول فيه اشارة الى جواب سؤال بأن المستهلك لا يحتمل الشركة اذا المعدوم غير قابل للملك (قوله ولهذا ملك الغصوب الخ) أقول مستند الى أصل السبب (قوله وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون الخ) أقول الظاهر ان هذا الواو زائدة وان اتفقت على اثباتها النسخ والمأذون صفة الصبي

وقوله (وان ورث أحدهما مالا) بالتثنية (١٣) أي المال الذي أصبح فيه الشركة كالدرهم والدينار والفلوس النافقة بطلت

المفاوضة لما ذكر في الكتاب وقوله (فان المساواة ليست بشرط فيه) أي في العنان ابتداء وكل ما ليس بشرط ابتداء ليس بشرط فيه دواما لأن ادوامه حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم فان أحد الشريكين إذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك وتأمل في كلام المصنف رحمه الله تأمل عالم التحقيق تدرك سقوط ما اعترض عليه بأن عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء حتى انها لا تنبي بموت أحد المتعاقدين حينئذ كيف يصح التعليل بعدم لزوم لاثبات مدعاء وهو أن يكون لدوامه حكم الابتداء وذلك لاننا قد قلنا كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهو ثابت بالاستقراء ونضم هذه المقدمة الى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد غير لازم فيحصل لنا ما نحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء وأما أن يكون بعض العقود اللازمة أيضا لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضر في مطلوبنا لأن الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها وان ورث أحدهما عرضا فهو ولا تنفسد

قال (وان ورث أحدهما مالا) أصبح فيه الشركة أو وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لقوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لأن الآخر لا يشارك فيما أصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا لا إمكان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم (وان ورث أحدهما عرضا فهو ولا تنفسد المفاوضة) وكذا العقار لأنه لا تنص فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه

إهما وسبق أن شاء الله تعالى (قوله وان ورث أحدهما مالا) أصبح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عنانا) وكذا اذا وهب له فقبضه أو تصدق به عليه أو وصى له به أو زادت قيمة دراهم أحدهما البيض على دراهم الآخر السود أو ديناره قبل الشراء على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل الى يده صارت عنانا ولو ورث مالا نصح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المفاوضة وكذا في باقي الاسباب التي ذكرناها وانما بطلت لقوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة اذ هي أي المساواة شرط لبقاء صحتها ابتداء وبقاء وانما كان ما هو شرط ابتداءها شرط البقاء لكونه أي عقد الشركة عقدا غير لازم فان أحدهما بعد العقد لو أراد فسخها فسخها وأورد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لأن لبقائها حكم الابتداء والاجارة عقد لازم حتى لا ينفرد أحد العاقدین فيها بالفسخ بل يجبر القاضي المتشع على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا تنبي بموت أحد المتعاقدين فبين ان كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازما كما يتحقق مع كونه غير لازم أحجب بأن القياس في الاجارة ان لا تكون لازمة كما هو مذهب شريح لكون العقود عليه معدوما في الحال فهو كالعارية لكنه لما كان عقدا معاوضة وللزوم أصل في المعاوضات تحقيفا للنظر من الجانبين وانفساخه بموت أحدهما لا باعتبار ان لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لان الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المستأجر ولو بقيت لزوم اثار المنفعة المجردة وهي لا تورث ولهذا الوصية له بمجدة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة لا تورث وان كانت الوصية لازمة ولا بأس ان تذكر فروعا من شركة العين اذ قل ذكرها في الكتاب \* أمر رجلان يشتري عبدا بعينه بينه وبينه فذهب فاشترى وأشهد أنه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الآخر بشرائه نصف المعين فلا يقدر ان يعزل نفسه بغير حضور الموكل وعلى هذا اذا اشترى كالأمر ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك اليوم الا بحضور الآخر لان كلاهما وكيل لصاحبه ولو شهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكل به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل أن يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآخر فكذلك في الشركة ولو أمره ان يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور فالعبد بين الاثنين نصفين ولا شيء للشري في الأول وكله بشرائه نصفه له وقبل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذلك الغيرة لانه انما يملك لغيره ما يملك شراءه لنفسه ولما أمره الثاني ان يشتريه بينهما فقد أمره بشرائه نصفه له فنصف الى النصف الآخر لان مقصودهما أصبح هذا العقد وقد قبل ولا يمكن تصحيحه الا بذلك ولو اشترى رجل عبدا وقبضه فطلب اليه آخر ان يشتريه فاشترى فيه فله نصفه بمثل نصف الثمن الذي اشتراه به وهذا بناء على ان مقتضى الشركة يقتضي التسوية قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث الا أن يبين خلافه ولو اشرك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهما مثلانا ولو اشترى اثنان عبدا فاشترى كائنه آخر فالقياس ان يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربعه لان كلا صار ملكا نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانهم ما حين اشتركا سوياء بانفسهما وكان كأنه اشترى العبد معهما ولو اشترى

أحد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فأجاز شريكه ذلك كان الرجل نصفه وللشريك نصفه وهو ظاهر وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أن أحد الشريرين إذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فأجاز شريكه كان بينهما ثلثا فالان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وكذا لو أشركه أحدهما في نصيبه ولم يسم في كم أشركه ثم أشركه الآخر في نصيبه كان له النصف ولو قال أحدهما أشركتك في نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف كان مملكا جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد أشركتك بنصفه ألا ترى أن المشتري لو كان واحدا فقال لرجل أشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله أشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال أشركتك في نصبي فإنه لا يمكن أن يجعل به هذا اللفظ مملكا جميع نصيبه بأقامة حرف في مقام حرف الباء فإنه لو قال أشركتك بنصبي كان باطلا فلذا كان له نصف نصيبه وأعلم أن ثبوت الشركة فيما ذكرنا كانه ينبغي على صيرورة المشتري بائعا لا شريكه وهو استفاد الملك منه فأنبنى على هذا أن من اشترى عبدا فلم يقبضه حتى أشرك فيه رجلا لم يجز لأنه يبيع ما لم يقبض كولو ولاه أباه ولو أشركه بعد القبض ولم يسله إليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لأن هلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع ويعلم أنه لا بد من قبول الذي أشركه لأن لفظ أشركتك صار إيجابا للبيع ولو قال أشركتك فيه على أن تنفذ عني الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لأنه يبيع بشرط فاسد وهو أن تنفذ عنه ثمن نصفه الذي هو له ولو نفذ عنه رجع عليه بما نفذ لأنه قضى دينه بأمره ولا شيء له في العبد لأن الاشرار كان فاسدا أو البيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا ولو قبض نصف المبيع ثم أشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لأن نصف النصف الذي قبضه لأن الاشرار يقتضي التسوية وانما يصح إذا انصرف اشراكه إلى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لأن تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ اشراكه في كله ولو قال رجل لا خرا بنا اشترى هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أو فصاحبه فيه شريك له فهو جائز لأن كلامه ماموكل لصاحبه بأن يشتري نصف العبد له فأيهما اشتراه كان مشتريا بنصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فإذا قبضه فهو كقبضهما لأن يداو كيد الموكل مامعنه حتى لو مات كان من مالهما فان اشترى به معا واشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما التمام مقصود كل منهما ولو نفذ أحدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو بغير أمر صاحبه رجع بنصفه عليه لأن بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكيل عن الآخر في نقد الثمن من ماله كالأشترى أحدهما ونقد الثمن فان أذن كل منهما لشريكه في بيعه فباعه أحدهما على أنه له نصفه كان بائعا نصيب شريكه بنصف الثمن ولو باعه الآخر نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينهما وبين شريكه نصفين في قياس قول أبي حنيفة وفي قولهما البيع على نصف المأمور خاصة ومبنا على فصلين أحدهما أن عند أبي حنيفة أن الوكيل يبيع العبد بملك يبيع نصفه والوكيل يبيع نصفه بملك يبيع نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني أن من قال بعثك هذا الانصفه بألف كان بائعا للنصف بألف ولو قال بعثك بألف على أن لي نصفه كان بائعا للنصف بمائة لأن الكلام المقيد بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى فكانه قال بعثك نصفه بألف فأما قوله على أن لي نصفه فخاصة ضم نفسه إلى المشتري فيما باعه منه وهذا وإن كان في ملكه لكنه إذا كان مفيدا تصح كافي شراء مال المضاربة من المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشتري فينقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري **مسئلة** اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعه مساومة بثلاثمائة أو بمائتين فالثمن بينهما نصفين ولو باعه هر ابحة بربح مائة أو بالعشرة أحد عشر كان الثمن بينهما ثلثا لأن الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الأول وأما بيع المراجعة والتولية

**فصل** لما كان البحث عما تنعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حديثه وقال (ولا تنعقد الشركة) أي شركة المفاوضة لأن الكلام فيما إذا ذكر فيها المال إلا بالدراهم والدنانير وانما قيدت ولنا إذا ذكر فيها المال لأن ذكر المال ليس بمتهم فيها فان المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيها المال وكلامه واضح غير أن في ذكر خلاف مالك رحمه الله نظر لما تقدم من قوله وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة (١٤)

**فصل** (ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلس النافقة) وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضا إذا كان الجنس واحدا لا تنعقدت على رأس مال معلوم فأشبهه النقاد بخلاف المضاربة لأن القياس بأبهاها لمافيها من ربح مالم يضمن

والوضعية فباعتبار الثمن الأول الذي لا ترى أنه لا تستقيم هذه البيوع في المغصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه وكذلك لو كان مشتري بعوض لا مثله والثمن الأول كان اثلا بانيهم ما فكذا الثاني بوجهه أن الواعية برنا في بيع المراجعة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الأول كان البيع مراجعة في حق أحدهما ووضعته في حق الآخر وقد نص على بيع المراجعة في نصيبه ما فلا بد من اعتبار الثمن الأول كذلك بخلاف المساومة الكل من المبسوط

**فصل** لما ذكرنا شرائط المساواة في رأس مال شركة المفاوضة احتاج إلى بيان أي مال نصيب به فقال (لا تنعقد الشركة أي شركة المفاوضة إلا بالدراهم والدنانير والفلس النافقة) يعني لا تنعقد المفاوضة إذا ذكر فيها المال إلا بذلك وانما قلنا هذا لأنه في المبسوط أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال فصدق بعض المفاوضة تنعقد بلا دراهم ودنانير وفلس وهو يناقض قوله لا تنعقد المفاوضة إلا بالدراهم الخ لأن الإيجاب الجزئي يناقض السلب الكلي والتقييد بما ذكر يخرج الدين والعروض وهو قول أحمد والشافعي في وجهه وفي وجه يجوز بالعرض المثل وقال مالك تجوز بالعروض إذا اتحد جنسها وقال الأوزاعي وجاد بن أبي سليمان تجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بيعهما يرجع كل بقيمة عرضه عند العقد وكما تجوز عندنا بالعرض لا يجوز أن يكون رأس مال أحدهما عرضا والآخر دراهم أو دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء وقد تقدم أنه لو دفع إلى رجل ألفا وقال أخرج مثلها واشترتها وبيع فمأخوذ فهو بينهما ففعل صح إلا أنه لا بد أن يقيم البينة أنه فعل يلزم الآخر إذا لم يصدق له لو ثبتت وضعية وقيد بالدراهم والدنانير لاخراج الحلي والتسبر فلا يصلح أن رأس مال الشركة إلا فيما سئذ كره وأما الفلس النافقة فلم يذكر القدر وروى الحاكم أبو الفضل في الكافي فيها خلافا بل اقتصر على أن قال ولا تجوز الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلس وخص الكرخي الجواز بالفلس على قوله ما وبعضهم جعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال لو كان رأس مال أحدهما فلسا لم تجز الشركة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها انما صارت تمنا باصطلاح الناس وليست تمنا في الأصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوها رأس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول أبي يوسف الأول وقال المصنف (قالوا) يعني المتأخرين (هذا قول محمد) واستدل عليه بمثلين أحدهما أن الفلس لا تنعقد بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين إذا كانا بعينهما عند محمد خلافا لما وسيأتي الوجه والتقييد بأعيان ما احترازوا عما لو باع فلسا بفلسين دينارا فإنه لا يجوز اتفاقا لأن حرمة النساء ثبت باتحاد الجنس وجه قول مالك أن الجنس إذا كان متحدا فقد عقدت على رأس مال معلوم فكانت كالنقود (بخلاف المضاربة) حيث لا تجوز إلا بالنقود لأنها شرعت على خلاف القياس (لما فيها من ربح مالم يضمن)

أبي حنيفة في المزارعة ثم قوله (لأنها عقدت) يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها وإن كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك وقوله (بخلاف المضاربة) يعني أن المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لأن القياس بأبي جوازها لما فيها من ربح مالم يضمن

**فصل** (ولا تنعقد الشركة الخ) قوله لأنهم اعقدت بعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها) أقول قوله ثم قوله مبتدأ وقوله يقتضي جوازها خبره (قوله وإن كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك) أقول فإن ما لا يشترط الخلط وتحقيقه في الجنس الواحد قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول في النهاية في كتاب المضاربة أن العروض تصلح رأس مال المضاربة عند مالك إلا أن ثبت عنه روايتان اه ثم رأيت السؤال والجواب بعينهما في غاية البيان في كتاب المضاربة

قال المصنف (لأن القياس بأبهاها لمافيها من ربح مالم يضمن الخ) أقول لزوم ربح مالم يضمن في الشركة إذا كان الشراء بالنقد دين في غاية الظهور على مذهب مالك فإن عنده يلزم في المضاربة إذا كان رأس المال أحد النقدين ربح مالم يضمن كالأجنبي على المتأمل في دليله فلا بد له من الفرق ولم يعلم فليستدبر والفرق هو أنه لا بد عنده من الخلط فلا يؤدي إليه وفيه تأمل

فإن المال غير مضمون على المضارب فكان ما حصل من الربح مال غير مضمون فلا يستحقه رب المال لأنه لم يعمل في ذلك الربح فلا تصح  
 الأفياء ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير وأما في الشركة فإن كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض  
 والنقود كالوعد عمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فتصح (قوله ولأنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن) وبين ذلك أن الرجلين إذا عقدا  
 الشركة في العروض ثم باع أحدهما رأس ماله بأضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كأن شريكين في الربح الذي حصل  
 في مبيع أحدهما حينئذ أخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من (١٥) مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح  
 مالم يضمن ولم يملك وذلك

فيقتصر على مورد الشرع ولنا أنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن لأنه إذا باع كل واحد منهما رأس ماله  
 وتفاضل الثمن فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مالم يملك ومالم يضمن بخلاف الدراهم  
 والدنانير لأن من ما يشتريه في نعمته أذهى لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولأن أول التصرف في العروض  
 البيع وفي النقود الشراء وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ربحه لا يجوز وشراء أحدهما  
 شيئاً ماله على أن يكون المبيع بينهما وبين غيره جائز وأما الفلوس النافقة فلا تروى رواج الأثمان  
 فالتحقق بها قالوا هـذا قول محمد لأنهم المصلحة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعين ولا يجوز بيع اثنين  
 بواحد بأعيانها على ما عرف أماعند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهم الله تعالى لا تجوز الشركة والمضاربة  
 بها لأن غنيتها تقبل ساعة فساعة وتصير سلعة

فإن المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه فيقتصر على مورد الشرع ولنا أن رأس  
 مال الشركة في العروض والمكيل والموزون يؤدي إلى ربح مالم يضمن لأنه إذا باع كل منهما عرضة  
 واتفق تفاضل الثمنين (فما يستحقه أحدهما من الزيادة على حصة رأس ماله) الذي هو عن عرضه (ربح  
 مالم يملك) ولم يضمنه (بخلاف النقود) فإن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في الشراء بماله وما يشتريه كل  
 منهما لا يتعلق برأس المال لعدم التعيين فيكون واجبا في ذمته فربح مالم يضمنه فإن قيل هذا  
 لا يلزم لأنه يشترط خلط العرضين لا اتحاد جنسهما مكيلين أو موزونين أو غيرهما متحدى القيمة ككتاب  
 الكبراس من بابه واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وجبة مثلاً فإذا باع أحدهما في وقت  
 طلوع الشمس من ذلك لم يعلم أن عدده ما يبيع من الأجزاء وقبضه المشتري متساوياً بل الظاهر أنهما  
 متفاوتان فيلزم اختصاص أحدهما بزيادة ربحه لزيادة ملكه والخلص عنه ليس الإبط قد رمله  
 وهو مجهول فقد أدى إلى تعدد الوصول إلى قدر حقه وربح الآخر مالم يضمن ولأن القيمة لا تعرف  
 إلا بالجزء والظن ولا يفيدان العلم بالقيمة فيؤدي إلى المنازعة فيه وهذا إنما يلزم لو اعتبر رأس المال قيمة  
 العروض أما إذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاً فيه  
 فلا تنازع نعم اللازم ربح مالم يضمن وتعذر ما يدفعه (ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود  
 الشراء وبيع الإنسان ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ربحه لا يجوز وشراء شيئاً ماله على أن يكون  
 الآخر شريكاً فيه يجوز) وعلمت أن الخلط لا يتق ذلك (وجه قول محمد أن الفلوس إذا كانت نافقة تروى  
 رواج الأثمان فالتحقق بها) ولا يـ حنيفة وأبي يوسف (أن غنيتها تقبل ساعة فساعة) فأنما اصطلاح  
 الناس لا بالخلقة ففي كل ساعة تتغير بالتقاء الخلقة وتصير غنماً بالاصطلاح القائم ولا يخفى أن هذا  
 إنما هو في الملاحظة أما في الخارج فهي ممن مستمر ما استمر الاصطلاح عليها ولذا قال الأسيدي في الصحيح  
 إن عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لأن ما صارت غنماً بالاصطلاح الناس ولهذا واشترى

مالم يضمن ولم يملك وذلك  
 لا يجوز بخلاف الدراهم  
 والدنانير لأن ما يشتري كل  
 واحد منهما برأس المال  
 لا يتعلق به البيع بل ثبت  
 وجوب الثمن في الذمة إذ  
 الأثمان لا تتعين بالتعين  
 فلما كان الثمن واجبا عليهما  
 في ذمتهما كان الثمن والربح  
 الحاصل منه بينهما ضرورة  
 فكان الربح ربح مالم يضمن  
 ومعنى قوله (وتفاضل  
 الثمنين) أي فضل أحدهما  
 على الآخر كذا كرنا وأما  
 تفاضلهما معاً فقال (قوله)  
 ولأن أول التصرف في  
 العروض دليل آخر وقد  
 قرره في النهاية على وجهه  
 يجبره إلى ربح مالم يضمن  
 وذلك لأنه قال إن حصة  
 الشركة باعتبار الوكالة  
 ففى كل موضع لا تجوز  
 الوكالة بتلك الصفة لا تجوز  
 الشركة ومعنى هذا أن  
 الوكيل بالبيع يكون  
 أمناً فإذا شرط له جزء من  
 الربح كان هذا ربح مالم يضمن  
 فأما الوكيل بالشراء فهو

ضامن بالثمن في ذمته فإذا شرط له جزء من الربح كان ربح مالم يضمن وقوله (قالوا هذا) أي جواز الشركة بالفلوس النافقة (قول محمد)  
 وقيد (بأعيانها) لتظهر غرر الخلاف فإنه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسبته لا يجوز إلا لاجتماع المربك وأما عندهما فلو جرد النسبة في  
 الجنس الواحد وأما عند محمد فلهذا والمعنى الثمنية وأما إذا كانت بأعيانها فمأخذها ما يجوز وعند محمد لا يجوز وسيجي تمام البحث  
 فيه في كتاب البيوع إن شاء الله تعالى

(قوله فلا يستحقه رب المال) أقول وفيه بحث والصواب أن يقول فلا يستحقه المضارب والشارح إنما عدل عن هذا لأن بيان الفرق  
 بين المضاربة والشركة يتوقف عليه على ما قررناه لأنه فرار من المطر إلى الميزاب فليتنامل

قوله (والاول) يعنى قول أبى يوسف مع أبى حنيفة (أقيس) لانهم الما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كذا متفقين أيضا في عدم جواز الشركة بالفلس وان كانت نافعة لان هذه المسئلة مبنية على تلك المسئلة لانه لما جاز بيع الواحد بالآخرين في الفلوس عندهم ما كان للفلس حكم العروض والعروض لا تصلح رأس مال الشركة وروى الحسن عن أبى حنيفة رجه الله انه تصح المضاربة بها أى بالفلس النافعة قال (ولا تجوز (١٦) بما سوى ذلك) كلامه واضح والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدورى

وروى عن أبى يوسف مثل قول محمد والاول أقيس وأظهر وعن أبى حنيفة صحة المضاربة بها قال (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالتبر) والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب (وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمقابل ذهب أو فضة) ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات وذ كرفى كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينسخ العقد بهلا كقيل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما وهذا الماعرف أنهم ما خلقا اثنين في الاصل الا ان الاول أصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شئ آخر ظاهر الا أن يجرى التعامل باستعمالهما مضافا لتعامل بضربة الضرب فيكون غنا ويصلح رأس المال ثم قوله ولا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما مخرج متاعه وعليه وضعته وان خلطنا ثم اشتراكا فكذلك في قول أبى يوسف والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد تصح شركة العقد وغرة الاختلاف تظهر عند التساوى في المالبين واشتراط التفاضل في الربح

شأ بفلس بعينه لم تتعين تلك الفلوس حتى لا يفسد العقد لهما كما قال المصنف (وروى عن أبى يوسف مثل قول محمد والاول أقيس وأظهر) لان قوله مع أبى حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين (وعن أبى حنيفة جواز المضاربة بها) وعلى ما ذكر من مبسوط الاستيعاب يجب أن يكون قول الكل إلا أن على جواز الشركة والمضاربة بالفلس النافعة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كذا كرفى ما يليه حيث قال (ولا تجوز الشركة بما وراء ذلك إلا أن يتعامل الناس بها كالنبر) وهو غير المصوغ (والنقرة) وهى القطعة المذابة منها ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك رواية الجامع لا تكون المفاوضة بمقابل ذهب أو فضة ومراده التبر فعلى هذه التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس مال الشركات والمضاربات وذ كرفى كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينسخ العقد بهلا كقيل التسليم فعلى هذا تصلح رأس مال فيهما وهذا الماعرف أنهم ما خلقا اثنين ثم قال (الا أن الاول أصح) يعنى رواية لانهم ما اعملا خلقا للتجارة (لكن الثنية تختص بالضرب المخصوص) فخرج ضربهما احليفا فانها تتعين البتة وينسخ العقد بهلا كقيل التسليم ولم يجز التعامل بهما ثم قال (الا أن يجرى التعامل بهما) أى بالنقرة والنقرة استثناء من قوله أصح وهو كونها لا تصح الشركة بهما فكان الثابت أنهم اذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صحت رأس مال في الشركة والمضاربة ثم قال المصنف قوله أى القدورى (لا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والمعدود المتقارب ولا خلاف فيه) بيننا (قبل الخلط) لانها عروض محضة (لكل منهما متاعه وعابه وضعته) ويختص برجحه (وكذا ان خلطنا ثم اشتراكا عند أبى يوسف) أى لكل منهما متاعه يخصه برجحه ووضعته لا تتفاد شركة العقد والوضعية خسارة التاجر يقال منه مبنيا للفعول وضع التاجر وكس في سلعته بوضع وضعية أى خسر وقال قوم من العرب وضع بوضع كوجل يوجل (وعند محمد رجه الله تصح شركة عقد) اذا كان المخلوط جنسا واحدا (وغرة الاختلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح) فعند أبى يوسف لا يصح وعند محمد يلزم

رجحه الله (قوله تصلح رأس المال فيهما) أى في الشركة والمضاربة (قوله وهذا الما عرف) اشارة الى ان النقرة لا تتعين بالتعيين لايهما (أى الذهب والفضة (قوله الا ان الاول) يعنى رواية الجامع الصغير (أصح) وجعل ذلك في المبسوط ظاهر الرواية (قوله لانها) أى لان مقابيل الذهب والفضة (قوله الا أن يجرى التعامل باستعمالهما) استثناء من قوله الا ان الاول أصح يعنى ان عدم جواز الشركة بمقابل الذهب والفضة أصح الا عند جريان التعامل باستعمالهما فحينئذ تجوز الشركة بهما كذا قيل والاولى أن يجعل استثناء من قوله لكن الثنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق (قوله ولا خلاف فيه) أى في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بينا وان خلطنا ثم اشتراكا ففيه الاختلاف المذكور في الكتاب وغرة الاختلاف تظهر عند التساوى في المالبين واشتراط

التفاضل في الربح فعند أبى يوسف لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وقول وعند محمد رجه الله الربح بينهما على ما شرط

قال المصنف (ومراده التبر) أقول قال في الكافي التبر هو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة اه لكن اذا قوبل بالنقد رادبه الذهب الغير المضروب (قوله بدلالة السياق) أقول ولانه أقرب

فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف (لأنه أي المذكور من المكيل والموزون والعددي المتقارب) يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله (وهو ظاهر وشرط جواز الشراكة أن لا يكون رأس المال مائة تعين بالتعيين لتسليط مخرج ما لم يضمن) (ووجه قول محمد أنها) أي المكيل والموزون والعددي المتقارب (عن من وجه حتى جاز البيع بهادينا في الذمة ومبيع) من وجه (من حيث أنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحاليين) يعني الخلط وعدمه فليشبههما بالبيع قلنا لا يجوز (١٧) الشركة بهما قبل الخلط وتشبههما بالثمن قلنا

تجوز الشركة بهما بعد الخلط وهذا لأن اضافة العقد اليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها على ما يقو بها وهو الخلط لأن الخلط ثبت شركة الملك فتناً كدبه شركة العقد لا محالة بخلاف العروض لأنها ليست ثنائياً بحال فلو اختلفا جنساً كالخطة والشعر والزيت والسمن خلطاً لا تتعدد الشركة بهما بالاتفاق فمحمد يحتاج الى الفرق وهو ما ذكره ان الخلط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى ان من أنفقه يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فتزول الجهالة ومن جنسين من ذوات القيم فان من أنفقه يضمن قيمته وإذا كان من ذوات القيم كان بمنزلة العروض فتمكن الجهالة كافي العروض وإذا لم تصح الشركة في حكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء أي قضاء الجامع الصغير وأما في هذا الكتاب فقد بيناه في كتاب الوديعه والدليل على ان مراده قضاء الجامع الصغير

فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لأنه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد أنها عن من وجه حتى جاز البيع بهادينا في الذمة ومبيع من حيث أنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحاليين بخلاف العروض لأنها ليست ثنائياً بحال ولو اختلفا جنساً كالخطة والشعر والزيت والسمن خلطاً لا تتعدد الشركة بهما بالاتفاق والفرق لمحمد ان الخلط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتم. لكن الجهالة كافي العروض وإذا لم تصح الشركة في حكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء (وقول أبي يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبي حنيفة لأنه يتعين بالتعيين فكان عرضاً محضاً فلا يصح رأس مالها وما لا يصح رأس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما أن ما يصح من التقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لأن المانع قبل الخلط هو كونه يؤدي الى مخرج ما لم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزاد فقر الان الخلط لا يكون الا متعيناً فيقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححاً للعقد (قوله ولمحمد رحمه الله أنها) أي المكيل والموزون والعددي المتقارب (عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين عن من وجه حتى يصح الشراعيها في الذمة) وهو من حكم الاثمان (فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحاليين) وهما الخلط وعدمه يشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بهما قبله ويشبه الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بهما بعده وهذا لأن الخلط ثبت شركة الملك فتناً كدبه بشركة العقد (بخلاف العروض) المحضة (فإنه ليست ثنائياً بحال) وظاهر الرواية هو الاظهر وجهه لان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئاً غير العرض له شبهة بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجملة وكون الشيء متصلاً في حقيقة وله شبهة باخرى لا يقال له شبهان وغايته أن الثبوت في الذمة عرض عام لحقيقة يتبين مختلفتين والمفسد وهو مخرج ما لم يضمن لا يختلف بالخلط والالزم قول مالك وقد بيناه ولو كان الخلط لهما جنسين كالخطة والشعر والزيت والسمن ثم عقدا لا تجوز الشركة بالاتفاق (والفرق لمحمد) بين العقد بعد صحة الخلط في متفق الجنس حيث لا يجوز والمختلفين حيث لا يجوز (أن ما كان من جنس واحد من ذوات الامثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل (و) (الخلط) (من جنسين من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتتمكن الجهالة) لأنه لا يمكن أن يصل كل منهما الى غير حقه من رأس المال وقت القسمة (كافي العروض) (قوله في حكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء) قيل أراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تأويله أنه يشبه في غيره الا أنه خلاف المعتاد من المصنفين في اطلاق هذه العبارة والحاصل أن الخلط تعدياً يضمن نصيب الخلط ماله اذا خلطه بنفسه أو بخلاف جنسه ولا يتميز كثير رجُل خلطه بزيت غيره أو يتميز بعسر كخطة خلطها بشعر لأنه انقطع حق مالكها بهذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما تبصر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا للضمان لأنه يتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخلط سواء كان أجنبياً عن الخلط ماله كغير المودع وغير من في عياله كبيراً كان أو صغيراً أو كان في عياله فان لم يظفر بالخلط فقال أحد المالكين أنا آخذ الخلط وأعطى صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لان الحق لهم ما إذا رضيا بذلك صح وان أبي يباع الخلط ويقسم

(٣ فتح القدير - خامس) قوله قد بيناه بلفظ الماضي يعني ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال سببناه والذي بيناه هنا في كتاب الوديعه ان الخطة اذا كانت وديعة عند رجل خلطها الرجل بشعر نفسه ينقطع حق المالك الى الضمان (قوله حتى جاز البيع الخ) أقول ويلزم مخرج ما لم يضمن اذا باع أحدهما حصته بنصف ما باع به الآخر فليأمل (قوله وهذا لأن اضافة العقد) أقول أي عقد الشركة (قوله فيتوقف ثبوتها على ما يقو بها) أقول فيتوقف على ثبوتها

قال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهم ما انصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة)

الثن بينهما على قيمة الخنطة والشعر على ما يذكر وهو ان يضرب صاحب الخنطة بقيمة الخنطة بالشعر وصاحب الشعر بقيمة غير مخلوط بالخنطة لان الخنطة تنقص باختلاطها بالشعر وقد دخلت في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمة الا بالصفة التي بيعت بها والشعر يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب الخنطة فلا يستحق أن يضرب به المخلوط فلهذا يضرب بقيمة الشعر غير مخلوط قبل هذا الجواب انما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة ان ملك المالك لا يقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخاطئ فأما على ما هو ظاهر مذهبه المخلوط ملك للخاطئ وحقه ما في ذمته فلا يباع ماله في دينه - ما لم يبق فيه من الحجر عليه أبو حنيفة لا يرى ذلك والاصح أنه قوله - جميعا لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق ما لم يصل كل منهما الى بدل ملكه ولهذا لا يباح للخاطئ الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان فلبقاء حقه ما يكون له ما أن يستوفيا حقه ما من المخلوط إما صلحا بالتراضي أو بيعا وقسمة الثمن وان اتفقا على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد مكمل أو موزون صار عينا مشتركة فاذا باعها انقسم على قدر ملك كل منهم ما ولو كان المخلوط غير مثلي كالتياب فباعا لها ثمن واحد اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم باعه لان كلا منهما باع للملكه والثن بمقابلته جميع ما دخل في العقد من العرض فيقسم عليهم - ما باعتبار القيمة وان كانا جنسين مثلين فالثن بينهما - ما اذا باعوا على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه بمخلوط لان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل منهما وملك كل منهم - ما كان معا يوما بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة لكن مخلوطا ان لم يزد بالخلط قيمة أحدهما لانه دخل في البيع بهذه الصفة فان كان أحدهما يزيد الخلط خيرا فانه يضرب بقيمة يوم يقتسمون غير مخلوط مثلا بقيمة الشعر يزداد اذا خلط بالخنطة وقيمة الخنطة تنقص فصاحب الشعر يضرب بقيمة غير مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الخنطة يضرب بقيمة المخلوط بالشعر لان النقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب الا بذلك القدر وقد عمن عيسى رحمه الله في الفصلين جميعا فقال قوله في الفصل الاول انه تعتبر قيمته يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح يقسم الثمن على قيمة كل منهم ما يوم المبيع لان استحقاق الثمن به وصار كالمخلوط باع السكك جملة فان قسمة الثمن على القيمة تكون وقت البيع الا ان تكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقسمة سواء ورده شمس الاثمة بان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى قيمة مثله في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهم ما وقت البيع فاذا انعذر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهم - ما كما في جارية مشتركة بين اثنين اعتق أحدهما ما في بطنها فهو ضمان لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار الى تقويمه في أول الاوقات التي يمكن معرفة القسمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذا هنا يصار الى معرفة قيمة كل في أول اوقات الامكان وهو عند الخلط الا انه اذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص في مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار ان عند الخلط ملك كل منهم ما من ذوات الامثال فيجعل حق كل منهم ما يوم الخلط كالباقى في المثل الى وقت القسمة فينقسم الثمن على ما هو حق كل منهم - ما بخلاف ما اذا لم يخلط لان تقوم ملك كل منهم ما وقت البيع هناك يمكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهم ما وقت البيع (قوله) واذا أراد الشركة في العروض باع كل منهم ما انصف عرضه بنصف عرضه الا خرق نصيب شركة ملك ثم عقدا الشركة

قال (واذا أراد الشركة بالعروض) لما كان جواز عقد الشركة منحصرا في الدراهم والدنانير والفلوس النافقة وفي ذلك تضيق على الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعة على الناس فقال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة) لانه اذا باع كل واحد منهما ما انصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على الآخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا

قال المصنف رحمه الله (وهذه شركة ملك للمساينان العروض لا تصلح رأس مال شركة) واستشكله الشارحون بأنه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يمتح إلى قوله ثم عقد الشركة وبان العروض لا تصلح رأس مال الشركة اذ لم يبيع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر أما اذا باع فهو الحيلة في جواز ثم أجاب بعضهم بأن معنى قوله ثم عقد الشركة عقد شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان غرض القدوري رحمه الله بيان الحيلة في تجوز عقد الشركة بالعروض وقال آخرون معناه انهم اشركوا شركة ملك وان عقدا الشركة لان هذا العقد كالعقد يكون رأس المال عرضا ونظم كلام المصنف لا يساعده وأنا أذكر لك ما ذكره شيخ شيعي العلامة عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبنى على معنيين أحدهما بيع مال مضمحل يضمن كائنا والثاني جهالة رأس المال فاذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقد الشركة قال القدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من أصحاب الشافعي رحمه الله لان رأس المال صار معلوما وصار نصف مال كل منهما مبيع مضمون على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من ماله مبيع مال مضمون عليهم ما فيجوز ولهذا لو باع أحدهما عرضة بنصف دراهم صاحبه ثم عقد الشركة عنان أو مفاوضة يجوز لوال الجهالة لصعوبة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كافي المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز الا أن يكون مضافا إلى المستقبل وعقد الشركة محتمل الاضافة لانه عقد نوكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختاره شمس الأئمة السرخسي وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو أقرب إلى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد لوال الجهالة أصلا لانهم من ذوات الأمانال وبخلاف ما اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما ما فيكون ذلك رأس مالهما ثم ثبت حكم الشركة في العروض تبعا وقد يدخل في العقد تبعا ما لا يجوز ايراد العقد عليه كبيع الشرب تبعا للارض ثم المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري فقال وهذه شركة ملك عندي لان ما ذكره القدوري أنه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع (١٩) لما بينا ان العروض لا تصلح رأس

مال الشركة ونظيره ما ذكره  
القدوري ويستحب للنوضي  
أن ينوي الطهارة ثم عدل  
المصنف بقوله والنية في  
الوضوء سنة وله في هذا الكتاب

قال (وهذه شركة ملك) لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتأو بوله اذا كان قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة  
مفاوضة أو عنانا فقبل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز

نظائر كثيرة وقوله (يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة) نظيره ما اذا كان قيمة عروض أحدهما أربع مائة درهم متلا وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل أربعة أخماس عرضه بخمسة عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماسا ويكون الربح بينهما على قدر رأس مالهما والله أعلم

و (قوله أن العروض لا تصلح الخ) أقول تأمل في هذا العطف (قوله وقال آخرون) أقول أراد صاحب الكافي (قوله ونظم كلام المصنف لا يساعده) أقول فيه بحث فان مراد ذلك القائل أيضا ان المصنف لم يقبل كلام القدوري وسيشير الشارح اليه أيضا في آخر كلامه (قوله وأنا أذكر لك ما ذكره شيخ شيعي العلامة عبد العزيز الخ) أقول شيخ الشارح هو الامام العلامة قوام الدين الكاكي صاحب معراج الدراية في شرح الهداية وشيخه هو الامام مولانا عبد العزيز البخاري صاحب كشف البزدوى (قوله والثاني جهالة رأس المال) أقول كما يدل عليه قول المصنف فتتمكن الجهالة كافي العروض (قوله وصاحب شرح الطحاوي) أقول أراد به الامام أبابكر الرازي المعروف بالخصاص فانه قال في شرحه لمختصر الطحاوي قال محمد ان أراد الشركة في العروض باع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عروض الآخر وتقاضا حتى يصير ذلك كله بينهما ثم يستر كان بعد ذلك فتكون الشركة جائزة قال ولو اشتركا هكذا مفاوضة حاز حكم ذلك أبو الحسن ثم قال أبو بكر الرازي وانما حازت لانهما مقساوا بان في المال شريكان فيها ولا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة لأن جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما نصفين الى هنا لفظ أبي بكر نقله الاتفاق عنه اذا علمت هذا علمت أن قوله وهو أقرب إلى الفقه لبقاء الجهالة منظور فيه فانها جهالة لا تقضي الى النزاع والفسد للعقود من الجهالات ما يفضي الى المنازعة وانما قلنا لا تقضي الى النزاع لانه لا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة ليحصل رأس المال حتى يظهر الربح فيقتسمانه بخلاف الزيت والسمن المخلوطين فانهما يتفاوتان في القيمة فيؤدي الى النزاع حين القسمة لتحصيل رأس المال وعليك بالتأمل الصادق (قوله على صاحبه بالثمن) أقول الذي هو نصف مال صاحبه (قوله وكان الربح الحاصل الخ) أقول الظاهر أنه يلزم هنا أيضا ربح مال مضمحل اذ باع أحدهما ما يخصه من الملك بمائة مثلا والاخر بمائة فان حصة الآخر غير مضمحلة على الاول مع أنه يكون شريكا معه في المائتين فليتنامل

قال (وأما شركة العنان فتتعدد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بر أو طعام أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكر ان الكفالة) وانعقاده على الوكالة لتحقيق مقصوده كما بيناه ولا تتعدد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض يقال عن له أى عرض وهذا لا ينشأ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل في المال) للعاجلة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة

قال (وأما شركة العنان) هذا عطف على قوله في أول كتاب الشركة فأما شركة المفاوضة والعنان مأخوذ من عن اذا عرض سمي به لانه شئ تعرض في هذا القدر لا على عموم الوكالة والكفالة وقيل انه مأخوذ من عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالآخرى فكذلك الشريك هنا شاركن في بعض ماله وانفرد بالباقي وكلامه ظاهر وقوله (كما بيناه) اشارة الى قوله من قبل وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيحقق حكمه المطلوب منه

قال المصنف (أو يشتركان الخ) أقول قال الاتقاني عطف على سبيل القطع تقديره او هما يشتركان انتهى وقد تامل أن المصدرية تشبهها بما المصدرية وعليه قوله تعالى لمن أراد أن يتم الرضاعة فيمن قرأ برفع يتم قال المصنف (وحكم التصرف لا يثبت الخ) أقول فيه بحث الآن يقال المراد لا يثبت بلا دليل خارج ولم يوجد

قال (وأما شركة العنان فتتعدد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بر أو طعام أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكر ان الكفالة) وانعقاده على الوكالة لتحقيق مقصوده كما بيناه ولا تتعدد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض يقال عن له أى عرض وهذا لا ينشأ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل في المال) للعاجلة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة

الا أن تكون مضافة الى حال بيعهم ما العروض بالدرهم فانه يجوز لانه حينئذ مضاف الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقدتوكيل فانما يثبت العقد بالدرهم والحق أن جواز هذا لا يختص بقول واحد منهم ما وقد تواردت كلمة أهل المذهب عليه وهذا لان المانع من كون رأس مال الشركة عروضا كل من أمرين لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة رأس مال كل منهم عند القسمة وكل منهم ما منتف فيكون كل ما ربحه أحدهما هو مضمون عليه ولا نحصل جهالة في رأس مال كل منهما لانه لا يحتاج الى تعريف رأس مال كل منهم عند القسمة حتى يكون ذلك بالحزب فتقع الجهالة لانهما مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل ما يحصل من الثمن بينهما نصفان وعلى هذا فقول المصنف وهذه شركة ملك مشكل ومن المشايخ من جزم بأنه قصد الى الخلاف حقيقة اختياراً منه لعدم الجواز وان لم يضعه على طريقة الخلاف كما قال القدوري أول الكتاب ويستحب للتوضي أن ينوى الطهارة فقال المصنف والنية في الوضوء سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف ولذا اختار شمس الأئمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للالزام الباطل وعلمت انه منتف (قوله) وأما شركة العنان فتتعدد على الوكالة دون الكفالة) وهو ان يشترك اثنان في نوع من التجارات بر أو طعام أو يشتركا في عموم التجارات ولا يذكر ان الكفالة لانها خاصة بالمفاوضة وعلى هذا فلو ذكرها وكانت باقي شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وان لم تكن متوفرة ينبغي ان تنعقد عناها ثم هل تبطل الكفالة يمكن ان يقال تبطل لان العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويمكن ان يقال لا تبطل لان المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عناها ثم كفاية كل الاخر زيادة على نفس الشركة أى كما أنها تكون عناها مع عموم باعتبار ان الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم الآن الاول قد يرجح بان هذه الكفالة مجهول فلا تصح الاضماناذا لم تكن مما تضمنتها الشركة لم يكن ثبوتها الاقصدافلا تصح بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بأن ذكر كل مقتضياتها فان منها الكفالة وتصح فان هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للفرد الداخلة في مفهومه الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبر في مفهومه الكفالة (قوله من عنى كذا) أى عرض قال امرؤ القيس

فمن لنا سرب كان نعاجه \* عذارى دوارى ملامذيل

أى اعترض لنا سرب أى قطع يريد من بقر الوحش كان نعاجه عذارى أى بكار دوار وهو اسم صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله وهو بضم الدال وقتحها وقوله في ملاء تشبيه لنعاج البقر في استرخاء لجها السمنها بالعدارى والملاء المذيل أى الطويلات الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضى المساواة بل عروض عرض تعلق بقدر من الاختلاط قلبه وكثيره وعمومه وقيل مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائى والاصمعى فانه جعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه أو لانه يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولاً وقصر في حالتي الارخاء وضده الآله

ويصح أن يتساوى في المال ويتفاضل في الربح وجملة القول في ذلك أنهم ما أن شرط العمل عليهم ما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في رأس المال جاز عند علمائنا الثلاثة ويكون الربح بينهما على ما شرطوا أن عمل أحدهما دون الآخر وأما إذا شرط العمل على أحدهما فإن شرط الربح بينهما على قدر رأس ماله ما جاز ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وإن شرط الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرط الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضعية بينهما على قدر رأس ماله ما أبدا (قوله وهو قول زفر والشافعي) واضح (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرط العاقدان والوضعية على قدر المال) رواه أصحابنا في كتبهم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه (قوله من غير فصل) يعني بين (٣١) التفاضل والتساوي (قوله كافي المضاربة)

اعترض عليه بأنه إذا لم يمتنع هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كأنه قال عمل في مالك وربحه لك وعمل في مالي وربحه بيننا وفي المضاربة إذا شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد وقد جوزتم هذه الشركة وإن شرط عملها وأجيب بأنه ليس هذا العقد مضاربة من كل

وجه على ما سنذكر أنه يشبهها من وجه وما أشبه الشيء من وجه لا يلزم أن يأخذ حكمه من كل وجه وقوله (بمخلاف اشتراط جميع الربح) جواب عما يقال إذا شرط جميع الربح لأحدهما لا يجوز فكذلك إذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التفسير على قدر المال ووجه الجواب أن بشرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة إلى قرض أو بضاعة

(ويصح أن يتساوى في المال ويتفاضل في الربح) وقال زفر والشافعي لا يجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى مالم يضمن فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذا الضمان بقدر رأس المال ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل ولهذا يشترطان الخلط فصاحب ربح المال بمنزلة غناء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطوا والوضعية على قدر المالين ولم يفصل ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كافي المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما لأنه يخرج العقد من الشركة ومن المضاربة أيضا إلى قرض بأشترطه للعامل أو إلى بضاعة بأشترطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة أسماء وعملاتها فأنما يعملان فعملنا يشبه المضاربة فعملنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لا يبطل بأشترط العمل عليها

اشتقاق غير صحيح الأفيما سمع ولا بد منه كافي استعجر الطين وأمثاله (قوله ويصح أن يتساوى في رأس المال ويتفاضل في الربح) وعكسه بأن يتفاضل في رأس المال ويتساوى في الربح وهو قول أحمد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز وقوله ويتفاضل لا الخ ليس على إطلاقه بل ذلك فيما إذا شرط العمل عليهما سواء عملا أو عمل أحدهما أو شرطاه على من شرط له زيادة الربح وإن شرط العمل على أقلهما بما لا يجوز وجه قول الثلاثة أن ذلك يؤدي إلى مالم يضمن لأن استحقاق أحدهما الثلث الزيادة بلا ضمان لأن الضمان بقدر رأس المال وصار كالوضعية فأنما لا تكون إلا على قدر رأس المال اعتبارا للربح بالخسران (ولنا) ما ذكر المشايخ من (قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطوا والوضعية على قدر المالين) ولم يعرف في كتب الحديث وبعض المشايخ ينسبه إلى علي رضي الله عنه (ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كافي المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل) رأينا (هذا العقد) أي شركة العنان (يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال) غيره وهو (الشريك) ونسب إليه (ويشبه شركة المفاوضة أسماء وعملاتها فأنما يعملان فعملنا يشبه المضاربة) في اشتراط الزيادة لأحدهما وهو الذي شرط عمله منفردا أو مع الآخر وإن كان ربحا بلا ضمان وبشبه المفاوضة حتى أجرتنا شرط العمل عليهما وكون المضاربة تفسد بأشترط العمل

لأنه إن شرط الجميع للعامل صار قرضا وإن شرط لرب المال صار بضاعة وهذا العقد لا يجوز أن يخرج عنه لأنه يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة أي شركة المفاوضة أسماء وعملاتها فأنما يعملان معاملة يشبه المضاربة فعملنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان فإن اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالإجماع وهذا يتضمن الجواب عن قولهم إن اشتراط زيادة الربح لأحدهما يؤدي إلى مالم يضمن وعملنا يشبه الشركة حتى لا يبطل بأشترط العمل عليهما

(قوله ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة) أقول يعني لشركة (قوله ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة) أقول يعني لشركة قال المصنف (إذا الضمان بقدر الخ) أقول هذا ممنوع وقد سبق بعض التفصيل قال المصنف (فعملنا يشبه المضاربة) أقول قال الاتفاق في هذا جواب لقول زفر والشافعي إن التفاضل في الربح مع تساوي المال يؤدي إلى مالم يضمن بعد التسليم وإنما قال بعد التسليم لأنه يبين في أوائل الفصل عدم لزوم ربح مالم يضمن

قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد الخ) أي يجوز أن يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه أي في هذا العقد إذا لفظ أي لفظ العنان لا يقتضيه أي لا يقتضي المساواة بتأويل الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة (قوله للوجه الذي ذكرناه) يعني ما ذكره في أول هذا الفصل أنه يؤدي إلى ربح ما يضمن وقوله (ويجوز أن يشتركا) ظاهر وقوله (فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله) يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه أو من مال الشركة إلا بقوله فعليه إقامة البينة فإن عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع عينه (قوله (٢٣) فإذا هلك مال الشركة) ظاهر وقيد الوكالة بالمفردة احترازاً عن الوكالة الثابتة

في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فإنها فيها تبطل بطلان ما تضمنه من الشركة والرهن لأن المتضمن يبطل بطلان المتضمن تبعاً وأما الوكالة المفردة كمن وكل رجلاً بشراء عبد ودفع إليه دراهم فهلكت فإنها لا تبطل رأياً المضاربة فقد قال نحر الاسلام في شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة فإنها تنعين حتى إذا هلك قبل التسليم بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذكره المصنف انتهى تعين فيها بالقبض فلعن في المسئلة روايتين

(قوله يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه الخ) أقول وفي شرح الاتفاقية ثم إذا كان لا يعرف أداء الثمن من مال نفسه لا من مال الشركة إلا بقوله والظاهر أن هذا هو الصحيح لأن مال الشركة أمانة في يده والقول للأمين مع العين تأمل فإن مراد الشارح من مال الشركة هو مال نفسه الذي عقد عليه

قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض) لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه إذا لفظ لا يقتضيه (ولا يصح الإعيان) أن المفاوضة تصح به للوجه الذي ذكرناه (ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم وكذا من أحدهما دراهم وبض ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فإن عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنيينه من بعد أن شاء الله تعالى قال (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طوبى بثمنه دون الآخر لما ينأى) أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الأصل في الحقوق قال (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته فإذا تقدم من مال نفسه رجع عليه فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للكر مع عينه قال (وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالكين قبل أن يشترى شيئاً بطلت الشركة) لأن المعقود عليه في عقد الشركة المال فإنه يتعين فيه كفاي الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كفاي البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لأنه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالكان

على رب المال لا يبطل اعتبار شريكه الآخر الذي باعتباره أجزاء الزيادة في الربح لأحدهما بخلاف ما لو شرط كل الربح لأحدهما فإنه لا يجوز لأن العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة أيضاً إلى قرض إن شرط للعامل كانه أقرضه ماله فاستحق جميع ربحه وإلى بضاعة إن شرط لرب المال إلا أنه يرد ما تقدم من أن المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شريكها إلا أن يمنع ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال والمشروط له الزيادة مشروط عمله وإن شرط عمل الآخر لکن قد يكون ذلك أحذق وأقوى الخ (قوله إذا لفظ) أي لفظ العنان (لا يقتضي المساواة) ولا يبنى عنه اعتبار في مفهومه فلذا جاز أن يعقدها كل ببعض ماله ويجوز إذا كان من جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم ويجوز بدراهم سود من جهة أحدهما وبض من جهة الآخر وإن تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرط فيها تساوى أو تفاوتاً على قدر قيمة ذراهمهما بشرطه الذي يبناه (قوله) وإذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة) وكذا لو هلك أحد المالكين قبل الخلط وقبل الشراء يهلك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يد مالكه أو يد شريكه لأنه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز فتبطل الشركة أما الأول فلأن مال كل واحد قبل الشراء وقبل الخلط باق على ملكه وأما بطلان الشركة (فلأن المعقود عليه عقد الشركة هو المال) المعين (لأنه يتعين) بالتعيين في الشركة) والهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كفاي البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض حتى لو اشتري الوكيل يمثل ذلك المال في ذمته كان مشترياً بالموكاه حتى لو هلك المال بعد الشراء رجع عليه بمنزله أما لو هلك قبل الشراء فأما

الشركة فكلامه صحيح أيضاً (قوله فإنها فيها تبطل الخ) أقول وإن لم يقبض المال (قوله كمن وكل رجلاً الخ) أقول بخلاف الشروح الأبرى إلى قول المصنف وإنما يتعينان بالقبض ويمكن أن يجاب بأن الدفع قد يكون بلا قبض فإنه يوجد بالتخلية والوضع بين يديه صرح بذلك المصنف من كتاب الأقرار قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول قال الاتفاقية فيه نظر لأن النقود تنعين في المضاربة والشركة جميعاً قبل القبض والتسليم حتى إذا هلك قبل التسليم بطلان نص عليه في الزيادات في باب من الوكالة بالشئ يكون على غير ما أمر انتهى قال الكل ولعل فيهما روايتين

( قوله لانه ماضى بشركة صاحبه في ماله ) أى الشريك الذى لم يملك ماله ماضى بشركة صاحبه الذى هلك ماله الاعلى تقدير بقاء ماله  
بشركته في ماله كما يشترط هو في مال هذا ( قوله وأيهما هلك هلك من مال صاحبه ) ظاهر وقوله ( ثم الشركة شركة عقد عند  
محمد خلافاً للحسن بن زياد ) فائدة تظهري في حق جواز بيع ( ٣٣ ) الكل فعند محمد أيهما باع جاز بيعه

لان الشركة قد تمت  
في المشتري فلا تنقض  
بهم لالك المال بعد تمامها  
كألو كان الهلاك  
بعد الشراء بالمالين جميعاً  
وعند الحسن بن زياد  
لا ينفذ بيع أحدهما  
الافى حصته لان شركة  
العقد قد بطلت بهلاك  
المال كما لو هلك قبل  
الشراء بمال الآخر وانما  
بقي ما هو حكم الشراء  
وهو الملك فكانت شركتهما  
في المناع شركة ملك  
( قوله وقد بيناه ) اشارة  
الى قوله معناه اذا أدى  
من مال نفسه الخ ( قوله  
أما اذا هلك مال أحدهما  
ثم اشترى الآخر )  
واضح ( قوله لم يبيناه ) اشارة  
الى قوله لانه وكيل من جهته

( قال المصنف خلافاً  
لحسن بن زياد ) أقول  
قال الاتقاني فان عنده  
شركة ملك فقط حتى  
لا ينفذ بيع أحدهما  
الافى نصيبه وجه قول  
الحسن أن الشركة التي  
عقدها ارتفعت بهلاك  
مال الآخر وانما بقي  
ما هو حكم الشراء وهو  
الملك فلم يجز لأحدهما

وكذا اذا هلك أحدهما لانه ماضى بشركة صاحبه في ماله الا لشركة في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضياً  
بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وأيهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان  
هلك في يد الآخر لانه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يملك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهالك  
من المالين ( وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشتري بينهما على ما شرطاً )  
لان الملك حين وقوع وقع مشترك بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد  
ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافاً للحسن بن زياد حتى ان أيهما باع جاز بيعه لان الشركة قد  
تمت في المشتري فلا تنقض بهلاك المال بعد تمامها قال ( ويرجع على شريك بمحصة من ثمنه )  
لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولاً ثم  
هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر ان صرحا بالو كالة في عقد  
الشركة فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطاً لان الشركة ان بطلت فالو كالة المصرح بها فائدة فكان  
مشتركا بحكم الو كالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريك بمحصة من الثمن

يبطل العقد لان الموكل لم يرض بكون الثمن ديناً في ذمته فلا تبطل المضاربة والو كالة المفردة بهلاك  
المال واحترز بالمفردة عن الو كالة النابتة في ضمن الشركة فانها تبطل تبطل لان الشركة - وهذا ظاهر فيما  
اذا هلك المالان ( وكذا اذا هلك أحدهما لانه ) أى الشريك الذى لم يملك ماله ( لم يرض بشركة صاحبه  
في ماله الا لشركته ) هو أيضاً في ماله ) بتقدير بقاءه ( فاذا فات ذلك ) ظهر وقوع ما ( لم يكن راضياً ) به عند  
عقد الشركة ( فيبطل العقد لعدم فائدته ) وهى الاشتراك فيما يحصل ( قوله فان اشترى أحدهما  
بماله ثم هلك مال الآخر فالمشتري بينهما على ما شرطاً لان الملك حين وقوع وقع مشترك بينهما لقيام  
الشركة وقت الشراء ) لان الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشتري بما اشتراه ( فلا يتغير الحكم ) أى  
حكم ( الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك ) ثم الشركة ( الواقعة في هذا المشتري بعد هلاك مال الآخر  
( شركة عقد عند محمد خلافاً للحسن بن زياد رحمه الله ) فانما شركة ملك عنده حتى لا ينفذ بيع أحدهما  
الافى نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كالو كالة قبل الشراء بمال الآخر ولم  
يبق الا حكم ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك لعدم ما يوجب زيادة عليه ولمحمد وعليه اقتصر  
المصنف ان هلك مال أحدهما اذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء بها فلا يكون  
الهلاك مبطلاً لشركة العقد بينهما بعد تمامها كألو كان بعد الشراء بالمالين ( واذا ) وقع المشتري على  
الشركة ( يرجع على شريك بمحصة من الثمن ) لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد  
بيناه قريباً ( وهذا اذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولاً ثم هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم  
اشترى الآخر ) يعنى الذى في يده المال ( بالمال الآخر ان صرحا بالو كالة في عقد الشركة ) بان قال عند  
عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشترك بينهما كذا صوره في المبسوط ( فالمشتري  
مشتركا بينهما على ما شرط لان الشركة ان بطلت فالو كالة المصرح بها فائدة فتكون شركة ملك ) وبهذا  
جمع في المبسوط بين التناقض الواقع في جواب المسئلة حيث قال محمد رحمه الله في بعض المواضع فاشترى  
بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه وفي بعضها اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما  
لجعل محمل الاول اذا لم يكن في الشركة وكالة مصرح بها ومحمل الثاني اذا صرحا بماله على ما ذكر

أن يتصرف في نصيب الآخر انتهى ويؤيد قول الحسن أن لادوام الأمور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء فلي تأمل في دفعه  
فان رأس المال لينعدم هنالصلحية المشتري له بقاء ( قوله لم يبيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته ) أقول والا قرب أن يجعل  
اشارة الى قوله أنفاله لانه اشترى نصفه بوكالته

(قوله وأنه بالخلط) أي الشركة في الأصل على تأويل الاشتراك (قوله وهذا إشارة إلى قوله لأن الربح فرع المال) يعني وأنما قلنا أن الربح فرع المال لأن المحل أي محل الشركة هو المال ولهذا يضاف إليه ويقال عقد شركة المال ويشترط تعيين رأس المال وما اعتبره بالتعيين لا لتكوين الشركة في الثمن مستندة إلى المال بخلاف المضاربة فإنها تصح بدون الخلط لأنها ليست بشركة وإنما هو عامل لرأس المال فيستحق الربح عمالة على قدر عمله (قوله وهذا أصل كبير) إشارة إلى قوله لأن الربح فرع المال (قوله حتى يعتبر اتحاد الجنس) يعني بناء على أصلهم ما ذلك فإنه إذا كان رأس مال أحدهما دراهم والآخرون نابرته فقد الشركة بينهما صحيحة عندنا خلافاً لزمرو والشافعي وكذلك أن كان رأس مال أحدهما بيضا والآخرون سودا ولا يجوز لشركة التقبل أي على قول زفر والشافعي لانعدام المال ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال وكل ما هو مستند إليه هو الأصل أما أن مستندة إلى العقد فلأن العقد يسمى شركة لا المال فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه وأما أن كل ما هو مستند إليه فهو الأصل فلأن المراد بالمستند إليه هو أن يكون غير مبيعاً عليه وذلك (٣٤) حد الأصل وأنما عبر عنه بهذه العبارة لأن الربح في الحقيقة يحصل من

التصرف والتصرف يحصل من العقد لأن كل واحد منهما يتصرف في الكل في بعضه بطريق الأصل وفي بعضه بطريق الوكالة فكان العقد على العلة وجزاء أن يضاف الحكم إلى علة العلة كما جاز أن يضاف إلى عين العلة وإذا كان الأصل هو العقد وهو موجود ثبت الحكم في الفروع وهو الربح وإن لم يختلط المالان والدليل الثاني وهو قوله ولأن الدراهم والدنانير لاتعيين كالشرح للدليل الأول فإن قيل لو كان العقد هو الأصل دون المال لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل أن يشتريه شيئاً لأن هلاك المال وبقيته

لما بيناه وأن ذلك مجرد الشركة ولم ينص على الوكالة فيها كان المشتري الذي اشتراه خاصة لأن الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فإذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما إذا صرح بالوكالة لأنها مقصودة قال (وتجوز الشركة وإن لم يخطأ المال) وقال زفر والشافعي لا تجوز لأن الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الأصل وأنه بالخلط وهذا لأن المحل هو المال ولهذا يضاف إليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لأنها ليست بشركة وإنما هو يعمل لرأس المال فيستحق الربح عمالة على عمله أما هنا بخلافه وهذا أصل كبير لما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا يجوز لشركة التقبل والأعمال لانعدام المال ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال لأن العقد يسمى شركة فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطاً ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وإنما يستفاد بالتصرف لأنه في النصف أصيل وفي النصف وكيل وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط وقوله (لما بيناه) يريد قوله لأنه وكيل من جهته الخ (قوله وتجوز الشركة وإن لم يخطأ المال) وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله تعالى إلا أن مالكاً شرط أن يكون تحت يدهما بأن يكون في حافوت أو في يدوكليهما (وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز لأن الربح فرع المال ولا يكون الفرع على الشركة إلا بالأصل على الشركة وأنه) أي الشركة في الأصل على معنى الاشتراك (بالخلط) لماسلف من أن معناها الاختلاط أو الخلط على ما حققناه فلا تحقق شركة بلا خلط وقد اتفقنا على أن الاعتبار في كل عقد شرعي ما هو مقتضى اسمه قال المصنف (وهذا) أي كون الربح فرع المال (أصل كبير لهما) حتى تفرع عليه (اعتبار اتحاد الجنس) فلا تجوز الشركة إذا كان لأحدهما دراهم والآخرون نابرته ولا إذا كان لأحدهما بيض والآخرون سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتميز لأحدهما عن الآخر (ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال) لاختلاف الشركة في الأصل والفرع ولا شركة التقبل والأعمال لعدم المال (قوله ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال)

إذا ذلك بمنزلة لكون الأصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يزال بعد ذلك ببقائه واجب بقاء الأصل شرط لوجود الفرع والأصل قد انتهى باتفاق شرطه وهو المحل فكذلك الفرع واعتراض أيضاً بالمالين إذا لم يختلط ببقايا متميزين ولا شركة مع التمييز كافي العروض واجب بأن علة تفساد الشركة في العروض ليست التمييز بل هي ما ذكرنا من الإفضاء إلى الربح ما لم يضمن

(قوله وما اعتبره بالتعيين لا لتكوين الشركة في الثمن الخ) أقول الأنسب للتفريع أن يقال لا لتكوين الشركة مستندة إلى المال (قوله وكل ما هو مستند إليه فهو الأصل الخ) أقول كان الأظهر أن يقول وكل ما هو مستند إلى العقد فالعقد أصل له فمأمل ثم قوله مستند إليه بفتح النون (قوله فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه) أقول وذلك لا يكون إلا بجعل الشركة في الربح مستندة إليه وعلى ما قاله لا احتياج في الشركة في الربح إلى العقد أصلاً إذا الشركة في الملك الحاصلة في الخلط كافية فيها (قوله يتصرف في الكل) أقول أي في كل مال الشركة قال المصنف (فلا يستفاد الربح برأس المال) أقول فقوله الربح فرع المال ممنوع فتذكر صدر الكلام حتى يظهر لآ ورواد المنع

وقوله (وصار للمضاربة) يعني لما ظهر ان الاصل هو العقد دون المال (٣٥) كان الربح مستحقا بالعقد دون المال

كما في المضاربة فانه ليس هناك خلط المالكين والربح مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك الاصل بطل الفروع المترتبة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح ونصح شركة النقيب (قوله ولا تجوز الشركة) واضح وقوله (ونظيره في المزارعة) يعني أنه اذا شرط لأحدهما ففزان سماء كانت فاسدة لان الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة أن يكون الخارج بينهما ما شاءا قال ولكل واحد من المتفاوضين هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفوضة أو عنان أن يفعل وأن لا يفعل بجوز له أن يضع لانه معناد في عقد الشركة والمعتاد جاز له العمل به ولأنه أن يستأجر على العمل بتحصيل الربح بلا خلاف وكل من جاز له أن يستأجر لتحصيل الربح جاز له أن يبضع لان الاستئجار لتحصيل بعوض والابضاع بدونه فكان الاستئجار على ومن ملك الاعلى ملك الادنى وأن يودع المال لانه معناد ولا يجبد التاجر منه بدا وان يدفع مضاربة لانه يادون الشركة ألا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضعية وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح

تحقق في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار للمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح ونصح شركة النقيب قال (ولا تجوز الشركة اذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لأحدهما ونظيره في المزارعة قال (ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يضع المال) لانه معناد في عقد الشركة ولأنه أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض ودونه فملاكه وكذلك أن يودعه لانه معناد ولا يجبد التاجر منه بدا قال (ويدفعه مضاربة) لانها دون الشركة فتتضمنها

حاصل تقرير الشارحين ان الربح يضاف الى التصرف في المال وهو العلة والى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة وأنت تعلم ان الاضافة الى علة العلة بطريقتين المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الى علة لما عرف ان لأثر العلة البعيدة في الحكم وحقيقة الاضافة أولى بالاعتبار من مجازها في حكم ينبغي على الاضافة وانما وجهه التقدير المراد ان الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الآخر ليس مضافا الى العقد الشرعي الذي به حل تصرفه في مال غيره لا الى نفس المال ولا التصرف فيه لانه اضافة الربح الى التصرف في المال معناها انه اكتسب عن التصرف فيه وليس هذا بعقد لانه معلوم وانما حاجتنا الى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك أن حله انما يضاف الى العقد الشرعي لا التصرف فان نفس التصرف في المال وان كان مأذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للتصرف كما في الموضع والوكيل بالبيع فلم يحل الا بعقد الشركة متحققا فيه معنى اسمه فيه لان هذا العقد الشرعي يسمى شركة فتحقق معناه بما يفيد شرعا وهو الشركة في الربح والتصرف معالاً أن أحدهما عن الآخر ليكون علة العلة بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس الا فيه واذا كان كذلك لم يتوقف الاسم على خلط المال لان المال محل العقد شرط لتحقيقه خارج عنه ثم قال المصنف (ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان يعني عند الشرائع) ما فيه الربح حتى جاز أن يدفع غيره ما فلم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف واذا ظهر تحقيق الشركة بلا خلط (تحقق في المستفاد بدونه) أي بدون الخلط (وصار للمضاربة) لتحقيق الشركة في الربح بلا خلط فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل بهلاك المال قبل الشرائع لوجود المال وقت العقد لأنه انعقد في المحل قلنا انما بطلت لمعارض آخر وهو ان هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد مقدم منه يبطله كالبيع يبطل بهلاك المبيع قبل القبض والمقصود من عقد الشركة الاسترباح وهو بالشراء أولا فاذا هلك المال قبل الشراء كان كهلاك المبيع قبل القبض واذا كان الاصل هو العقد لا المال (لم يشترط اتحاد الجنس والتساوي) في رأس المال ولا في الربح ونصح شركة النقيب (قوله ولا تجوز الشركة اذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) قال ابن المنذر لا خلاف في هذا لأحد من أهل العلم ووجهه ما ذكره المصنف بقوله لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لأحدهما على ذلك التقدير واشترطه لأحدهما ما يخرج العقد عن الشركة الى قرض أو بضاعة على ما تقدم وقوله (ونظيره في المزارعة) يعني اذا شرط لأحدهما ففزان سماء بطلت لأنه عسى أن لا يخرج الارض غيرها (قوله ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يضع المال) لانه معناد في عقد الشركة (ولأنه أن يستأجر على عمل التجارة والتحصيل) للربح (بغير عوض ودونه) وانه أقل ضررا فاذا ملك ما هو أكثر ضررا ملك ما هو أقل وظهرا أن لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف (قوله وكذلك أن يودعه لانه معناد ولا يجبد التاجر بدامنه) في بعض الاوقات والمضايق وقوله (ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة)

(٤ - فتح القدير خامس)

(قوله وانما بطل ذلك الاصل الخ) أقول يعني أصل زفر والشافعي

(وعن أبي حنيفة ليس له ذلك لأنه) أي عقد المضاربة (نوع شركة) لأنه إيجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لأحد الشريكين أن يشارك (٣٦) مع غيره بمال الشركة فكذلك لا يدفعه مضاربة (والأول) أي جواز الدفع مضاربة (أصح وهو

رواية الأصل لأن الشركة) يعني في المضاربة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين كالواستأجر أجرا يعمل فإنه يجوز ولا واحد - فهذا أولى لأنه تحصل بدون ضمان في ذمته فإن المضارب إذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء بخلاف الإجارة فإن الاجير إذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستأجر ضامنا للإجرة بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا يستتبع مثله فإن قيل هذا منقوض بالمكاتب فإنه جازله أن يكاتب عبده والعبد المأذون له جازله أن يأذن لعبده فأجاب أن ذلك ليس من قبيل الاستبعا فان كل واحد منهما أطلق في الكسب وأسبابه وهذا من أسباب الكسب المطلقة لهما لأنه من المستتبعات وأن يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر واعتراض بان الحكم الثابت مقصودا أعلى حالا من الحكم الثابت في ضمن شيء آخر لا محالة والوكيل الذي كانت و كالتة مقصودة ليس له توكيل غيره فالو كيل الذي ثبتت

وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة والأصح هو الأول وهو رواية الأصل لأن الشركة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح كما إذا استأجره بأجر بل أولى لأنه تحصل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا يستتبع مثله قال (و يوكل من يتصرف فيه) لأن التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله

لأن الوضعية في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتضمن الشركة المضاربة (وعن أبي حنيفة) (رواية الحسن) (انه ليس له ذلك لأنه نوع شركة) في الربح (والأصح هو الأول وهو رواية الأصل لأن الشركة) في الربح غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح فصار (كما إذا استأجره بأجر) ليعمل له بعض أعمال التجارة (بل أولى لأنه تحصل بدون ضمان في ذمة الشريك بخلاف الشركة) فإن أحد الشريكين لا يملك أن يشارك غيره في مال الشركة (لأن الشيء لا يستتبع مثله) وأورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن لعبده واقترناه المفترض والمنفصل بملهما والناسخ مثل المنسوخ وأجيب بأن ملكه ما ذلك ليس بطريق الاستبعا بل باطلاق التصرف مطلقا وكذا الاقتداء ليس صلاة الامام مستتبعة لصلاتها بل تلك مبنية عليها وحقيقة الناسخ مبين لا غير على انه ليس وزان مانحن فيه بتأمل بسير ولكل واحد ان يشتري بالنسيئة وان كان مال الشركة في يده استحسانا وليس لأحد شريكي العنان الرهن أي رهن عيني من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتمان بدين له بخلاف المفاوض له ان يرهن ويرهن على شريكه فان رهن في العنان متاعا من الشركة بدين عليه مالم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتمن بدين لهما لم يجز على شريكه فان هلك الرهن في يده وقيمة والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لأن هلاك الرهن في يده كالا ستيفاء وكذا اذا باع أحدهما للمفيس لا آخر قبضه وللمدين أن يمنع من دفعه فان دفعه اليه برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس لواحد منهما ما أن يتخاصم فيما إذا نه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ولا أن يؤخر دينه فان أخره لم يرض على الآخر وكذا لا يعصى اقرار أحدهما بدين في تجارته ما على الآخر فان أقر وأنكر الآخر لم يقر جميع الدين ان كان هو الذي وليه لأن حقوق العقد تتعلق بالعائد وكيلا كان أو مباشرا وان أقر أنهم ما وليا وأنكر الآخر لم يقر نصفه ولو اشترى أحدهما شيئا فوجده عيما لم يكن للآخر ان يردّه لأن ذلك من حقوق العقد ولو أخذ أحدهما مالا مضاربة اختص برحمته لأن مال المضاربة ليس من مال الشركة وعلى هذا لو شهد أحدهما لصاحبه بما ليس من شركته ما فهو جائز بخلاف المفاوض في جميع ذلك ويعصى اقراره عليه ويشارك شركة عنان ويعصى على الآخر بخلاف شريك العنان ويجوز قبض كل من المتفاوضين ما إذا نه الآخر أو إذا نه أو وجب لهما على رجل من غصب أو كفالة أو غير ذلك ويرد عيب ما اشتراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة ويختلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شيء من هذا أول الباب فيما هو من ضمان التجارة (و) لكل من شريكي العنان أن (يوكل من يتصرف فيه) لأن التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات والشركة انعقدت لهما بخلاف الوكيل (صريحا) بالشراء ليس له أن يوكل به لأنه عقد خاص طلب به) شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لأحدهما أن

يعمله

وكالتة في ضمن الشركة كيف جازله توكيل غيره وأجيب بذلك الجواب المشهور وهو قوله كم من شيء ثبتت ضمنا ولا ثبت قصدا كبيع الشرب وغيره والشبهة وجه القياس في هذه المسئلة وجوابها وجه الاستحسان (فوله) وأجيب بذلك الجواب المشهور (الخ) أقول وسيجيء نظيره هذا من الشارح أيضا في آخر كتاب الشركة ثم أقول فيه بحث

قال (ويده في المال يد أمانة) لانه قبض المال باذن المالك لاعلى وجه البذل والوثيقة قصار كالوديعة

يعمله اذ انهم شرب يكة عنه لم يكن له ٤ له فان عمده ضمن نصيب شرب يكة وله ٤ له الوفاق احدى ما خرج لدمياط ولا تجاوزها فجاوز فذلك المال ضمن حصته شرب يكة لانه نقل حصته بغير اذنه وكذا لو نهاه عن بيع النسبة بعدما كان اذن له فيه (قوله ويده) أي يد الشريك مطلقا (في المال يد أمانة) لانه قبض المال باذن المالك لاعلى وجه البذل والوثيقة) فيكون أمانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه على وجه اعطاء البذل فيكون مضمونا بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثيق بدينه فيضمن بذلك الدين وانا كان مقبوضا على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة فكان أمانة واعلم ان جميع الامانات اذا ماتت تنقلب مضمونة بالموت مع التجهيل الا في مسائل احداها اذا مات أحد المتفاوضين ولم يبين حال الذي كان في يده فانه لا يضمن لشريك نصيبه والاخرى في السير اذا اودع الامام بعض الغنائم في دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجند فمات وتذكر الثالثة في الوقف ان شاء الله تعالى ~~و~~ فروع في اختلاف المتفاوضين قد علم انه ليس لأحد المتفاوضين أن يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما ولو ادعى على آخر أنه شاركه مفاوضة فأنكر والمال في يده الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعي البينة لانه يدعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر فان أقام البينة فشهدوا أنه مفاوضه أو زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما نصفان قضى للمدعي بنصفه لان الثابت بالبينة كالتبث بالاقرار وجميع ما ذكره متضاه انقسام ما في يده فيقبض بذلك فالوادعي الذي في يده المال بعد ذلك ان هذا العين لميراثا ما في يده وأقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند أبي يوسف لأن ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما في يده وبينه المقضى عليه في اثبات الملك لا تقبل إلا أن يدعي تلقى الملك من قبل المقضى له كالأموال كانت الشهادة مفسرة ولو ادعى ذواليد عينا في يده انه الخاصة وهب شريكه منه حصته وأقام البينة على الهبة والقبض قبلت لانه انما ادعى تلقى الملك منه ولو ادعى انه مفاوضه والمال في يده المدعي عليه فأقر وقضى عليه ثم ادعى عينا مما كان في يده أو ميراثا أو هبة وأقام بينة قبلت والفرق لأبي يوسف ان ذا اليد هنا مقر بالمفاوضة مدع للبراث ولا منافاة بينهما وقد أثبت دعواه بالبينة وفي الاول ذواليد جاحد مدعي عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه ألا ترى انه لو لم يكن أقام البينة في صورة الانكار لم يستخلف خصمه واذا مات أحد المتفاوضين والمال في يده الجاحد فادعى الورثة بالمفاوضة وبجدد الحق ذلك فأقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشئ فيما في يده الجاحد لانهم ما شهدا بعقد علم ارتفاعه لا تقاض المفاوضة بموت أحدهما ولا لانه لا حكم فيما شهدا به في المال الذي في يده في الحال لأن المفاوضة فيما مضى لا توجد أن يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما الآن بقيما انه كان في يده في حياة الميت أو انه من شركتهما فانهم حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه ولو كان المال في يده الورثة وبجددوا الشركة فأقام الحق البينة على المفاوضة وأقاموا ان أباهم مات وترك هذا ميراثا من غير مفاوضة بينهما لم تقبل منهم لانهم جاحدون فانما يقيمونها على النفي وقد أثبت المدعي الشركة فيما في أيديهم فيقبض له بنصفه وصحح شمس الأئمة ان هذا قولهم جميعا ولو قالوا مات جدنا وتركة ميراثا لا يينا وأقاموا البينة على هذا لا تقبل في قول أبي يوسف وتقبل في قول محمد كالأموال كان المقاض حيا وأقام البينة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة واذا افتقر المتفاوضان فأقام أحدهما البينة ان المال كله كان في يد صاحبه وان قاضي بلدة كذا قضى بذلك عليه وسعوا المال وانه قضى به بينهما ما نصفين فأقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه أو غيره فان كان من قاض واحد وعلم تاريخ القضاء من أخذ بالآخر وهو رجوع عن الاول ونقض له وان لم يعلم أو كان القضاء من قاضين لزم كلامهم ما القضاء الذي أنفذه عليه لأن كلامهم ما صحيح ظاهرا

وقوله (لاعلى وجه البذل)  
احتراز عن المقبوض على  
سوم الشراء لان المقبوض  
على سوم الشراء قبض  
لاجل أن يدفع الثمن (قوله  
والوثيقة) احتراز عن الرهن  
فان المسرهن مقبوض  
لاجل الوثيقة

قال (وأما شركة الصنائع) كلامه ظاهر وقوله (لاتقديم مقصودهما) أى مقصود الشريكين وهو التمييز ظاهر وفي بعض النسخ لاتقديم مقصودهما أضاف المقصود الى الشركة وان كان المقصود للشريكين بأدنى ملابسة وهو تلبس الشريكين بعقد الشركة (قوله ولا يشترط فيه) أى في هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك رحمهما الله فالان اتفقت الاعمال كالقصار ين اشتركا أو صباغين جاز وان اختلفت كصباغ وقصار اشتركا (٣٨) لا يجوز لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعه

فلا يتحقق مقصود الشركة ولنا ان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه ان المقصود منه التحصيل وهو يمكن بالتوكيل لاتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما أما الاول فلان التوكيل يتقبل العمل صحيح عن يحسن مباشرة ذلك العمل وعن لا يحسن لانه لا يتعين على التقبل اقامة العمل بسديه بل له أن يقيم باعوانه واجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا وأما الثاني فلان أحد الشريكين لو عمل في مكان والاخر في مكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من الفروع المترتبة على أصل زفر والشافعي في مسألة الخلط ان شركة التقبل لا تجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك رحمهما الله في جوازها اذا كانت الاعمال متفقة اوجب بان زفر في هذه المسئلة أعنى الخلط قولان فذكر المصنف في تلك المسئلة حكم الرواية التي يشترط فيها خلط المال وذكرها حكم

قال (وأما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل (كالحياطين والصباغين يشترط ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا وقال زفر والشافعي لا يجوز لان هذه شركة لاتقديم مقصودها وهو التمييز لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تقتضي على الشركة في المال على أصلهما على ما قررناه ولنا أن المقصود منه التحصيل وهو يمكن بالتوكيل لانه لما كان وكيل في النصف أصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت (ولو شرط العمل نصفين والمال اثلاثا جاز) وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل

فيحاسب كل صاحبه بما عليه ويتزادان الفضل (قوله وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل) وشركة الابدان وشركة الاعمال (فحقوا الحياطين والصباغين يشترط ان يتقبل كل الاعمال) أو نحو الصباغ والحياطين بفعلا ذلك (ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز لانها شركة لاتقديم مقصودها) أى المقصود منها وفي بعض النسخ مقصودهما بالتثنية أى الشريكين (وهو التمييز) أى الربح (لانه لا بد) في الربح (من رأس المال) لانه يبنى عليه على ما قررناه في الخلاف في عدم اشتراط الخلط (ولنا ان المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح) على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل جاز بالمال أيضا كما مر في جاز بالتوكيل بان وكل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلا في نصف العمل المتقبل ووكيل في نصفه الاخر فتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل فان عملا استحق كل فائدة عمله وهو المال المستفاد وهو كسبه وان عمل أحدهما كان العامل معينا الشريك فيما لزمه بتقبله عليه وهو جائز لان المشر وط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه ألا ترى ان نحو الحياطين يتقبل ثم يستأجر من يعمل ويدفعه الى مالكه فتطيب له الاجرة ومن صور هذه الشركة ان يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا يجوز لان من أحدهما العمل ومن الاخر الحافوت واستحسن جوازها لان التقبل من صاحب الحافوت عمل (قوله ولا يشترط فيه) أى في جواز هذه الشركة (اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك) وأورد عليه أنه قدم في اشتراط الخلط لزفر ان من ثمراته عدم جواز شركة التقبل وهو يناقش اشتراطه لصحة اتحاد العمل والمكان اوجب بان عن زفر في جواز شركة التقبل روايتين ذكرهما في المبسوط ففزع رواية المنع على شرط خلط المال وذكرها شرطه في تجوزها ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله (لان المعنى المجوز لشركة التقبل) من كون المقصود تحصيل الربح (لاتفاوت) بين كون العمل في دكانين أو دكان وكون الأعمال من أجناس أو جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل بوجهه (قوله ولو شرط العمل نصفين) يعنى التساوى في العمل والربح اثلاثا (جاز) بشرط كون المشروط له مشروطا عليه العمل (وفي القياس لا يجوز) وهو قول زفر (لان الضمان هنا انما هو بقبول العمل) أى لانه لا مال

عقدت

الرواية التي لا يشترط ولكن أطلق في اللفظ ولم يذ كراختلاف الروايتين فيرى ظاهره متناقضا

(قوله ولو شرط العمل نصفين) أى اذا شرط في شركة التقبل ولم يكن مقاوضة ان يكون العمل نصفين والربح الحاصل اثلاثا جاز استحسانا والقياس ان لا تصح لان الضمان بقدر مباشرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد تأديته اليه أى الى ربح مالم يضمن فصار كشركة الوجوه ان التفاوت فيها في الربح لا يجوز اذا كان المشتري بينهما على السواء وما اذا اشترط التفاوت في ملك المشتري فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه أيضا

وقوله (ولكننا نقول) بيان وجه الاستحسان ما يأخذه كل من الشريكين لا يأخذ ربحا لأن الربح انما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا  
لو استأجر دارا بعشرة دراهم ثم أجزها بثوب يساوي خمسة عشر جازا لأن الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه  
لم يتعد لأن رأس المال عمل والربح مال فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا راضيا بقدر معين كان ذلك منهم ما تقوينا  
للمعمل فيتقدر بقدر ما قوم به ولا يحرم لانه لم يؤد إلى ربح مالم يضمن بخلاف (٣٩) شركة الوجوه لأن جنس المال

متفق وهو الثمن الواجب  
في ذمتهم مادراهم كانت  
أو دنائير والربح يتحقق في  
الجنس المتفق وقوله  
(وربح مالم يضمن) تقديره  
لوجاز اشتراط زيادة الربح كان  
ربح مالم يضمن وذلك لا يجوز  
الافى المضاربة وانما جاز  
فيها الوقوعه بمقابله العمل  
في جانب المصارف وبمقابله  
المال في جانب رب المال  
وليس واحد منهم مالى  
شركة الوجوه ولا الضمان  
بمقابله الربح موجودا  
فيه يلزم فيها ربح مالم يضمن  
فلا يجوز (قوله وما يتقبله  
كل واحد منهم مامن العمل  
يلزمه ويلزم شريكه)  
ظاهر وقوله (ويبرأ الدافع  
بالدفع اليه) أى يبرأ دافع  
الاجرة الى كل واحد من  
الشريكين قيل فيجوز أن  
يكون معناه ويرأ الدافع من  
كل من الشريكين بالدفع  
اليه أى الى صاحب الثوب  
مثلا لو أخذ أحد الشريكين  
ثوبا بالصبيغ ثم دفع الآخر  
الثوب مصبوغا الى صاحبه  
برئى من الضمان وقوله  
(وهذا) اشارة الى لزوم

فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجوز العقد لأدبته اليه وصار كشركة الوجوه ولكننا نقول ما يأخذه  
لا يأخذه ربحا لأن الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال فكان بدل  
العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال  
متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح مالم يضمن لا يجوز الا فى المضاربة قال (وما يتقبله كل  
واحد منهم مامن العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى إن كل واحد منهم ما يطالب بالعمل وبطال بالاجر  
(ويبرأ الدافع بالدفع اليه) وهذا ظاهر فى المفاوضة وفى غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لأن  
الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان أن هذه الشركة

عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لأحدهما (ربح مالم يضمن فلم يجوز) كالم تجز شركة الوجوه مع شرط  
التفاضل فى ربح ما يباع مما اشترى بالوجوه وأما كون التفاضل يجري فيها اذا شرط التفاوت فى  
ملك المشتري فإن اشترى كاعلى ان ما اشتراه كل منهم يكون للآخر ربحه فقط فيقسم الربح على قدر  
ملكهما فاذن فى الحقيقة عدم التفاوت فى الربح قلنا لما أخذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لأن  
حقيقة الربح انما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح وهو هنا مختلف لأن رأس المال عمل  
والربح مال وانما يقال لربح مجازا وانما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير أى بحسب التراضى فما  
قدر لكل هو ما وقع عليه التراضى أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا اذا كان أحد فى العمل وأهدى  
وعلى هذا المنهج خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لاكثرهما مع العمل لا وجه الجواز لأن  
الربح لضمان العمل لا بحقيقة العمل ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح  
بينهما بلا خلاف يعلم وقوله (بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق) فإن الربح بدل ما هو مال  
فيتحقق بالتفاوت فى الربح ربح مالم يضمن وهو لا يجوز الا فى المضاربة على خلاف القياس هذا وقول  
المصنف لم يجوز العقد وصار كشركة الوجوه يعطى ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة والوجه أن تبطل  
الزيادة فقط ويستحق مثل الاجرة فانه نص فى شركة الوجوه التى شبه بها على ذلك فى شرح الطحاوى  
فقال وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان شرط الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط  
باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وما يتقبله كل واحد منهم مامن العمل يلزمه ويلزم  
شريكه) حتى ان لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعمله وللشريك الذى لم يتقبل العمل أن يطالب رب  
الثوب مثلا بالاجرة ويرأ الدافع بدفع الاجرة اليه وان كان انما عمله الذى تقبله قال المصنف (هذا) وهو  
ضمان كل منهما مع ما يتقبله الآخر ومطالبة كل باجرة الآخر وبراءة الدافع اليه الاجرة (ظاهر)  
فيما اذا عقد اشركة الصنائع مفاوضة (وفى غيرها) وهو فيما اذا أطلقا الشركة أو قيداهما بالعنان  
(استحسان) فلا فرق فى ثبوت هذه الامور بين المفاوضة والعنان فيها (والقياس خلاف ذلك لأن  
الشركة وقعت مطلقة) واذا وقعت مطلقة انصرفت الى العنان فلم تثبت المفاوضة الا بالنص  
عليها أو على معناه وبهذا علمت أن لا فرق بين اطلاق الشركة والتضييق على جعلها عنانا فى أن  
المنعقد عنان (والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة) أعنى شركة الصنائع

العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة (ظاهر فى المفاوضة وفى غيرها) وهو العنان (استحسان) أى معنى الكفالة  
بطريق الاستحسان والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى  
تثبت وان لم تذكر وانما هى مقتضى المفاوضة فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذلك وجه الاستحسان ان  
هذه الشركة

مقتضية للضمان ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر (ولهذا) أي ولكون العمل مضمونا (يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله) أي تقبل صاحبه (عليه) ولو لم يكن مضمونا عليه لما استحق الأجر لأن الغرم بآراء الغنم فإذا كان كذلك (جرى) هذا العقد (مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البذل) وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل وانما قيد بجريانه مجرى المفاوضة في هذين الشئين لأن فيما عدا ذلك لم يجز هذا (٣٠) العقد مجراها حتى قالوا إذا أقر أحدهما بدين من عن أشان أو صابون أو أجر

أجير أو أجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه إلا ببينة وتلزمه خاصة لأن التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الأقرار يوجب المفاوضة قال (وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان شركة الوجود) وهو أن يشتركا الرجلان ولأمال لهما (على أن يشتربا بوجوههما) أي بوجاهتهما وأماتهما عند الناس صحيحة عندنا (على هذا) أي على كونهما يشتربان بوجوههما أي سميت شركة الوجود لأنه لا يشترى بالنسيئة الأمن له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة إذا كان الرجلان من أهل الكفالة لأنه حينئذ يمكن تحقيق الوكالة والكفالة في الإبدال أي الثمن والمثلن فيكون ثمن المشتري على كل واحد منهما نصفه ويكون المشتري بينهما نصفين ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة أو بما قام مقامه كما تقدم وإذا أطلقت كانت عنانا لأن المطلق ينصرف إليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي أي شركة الوجود جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل وهي

(مقتضية للضمان ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه) جرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البذل قال (وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان ولأمال لهما على أن يشتربا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا) سميت به لأنه لا يشترى بالنسيئة الأمن كان له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الإبدال وإذا أطلقت تكون عنانا لأن المطلق ينصرف إليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل قال (وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه) لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتتبعين الوكالة (فإن شرط أن المشتري بينهما نصفان والربح كذلك يجوز

(مقتضية للضمان) في القدر الذي ذكرناه لأنهم اتضمتت بوكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولذا استحق من الأجرة بعض ما سمي للآخر (بسبب نفاذ تقبله عليه) جرى هذا العقد وإن كان عنانا (مجرى المفاوضة في ضمان العمل) عن الآخر (واقتضاء البذل) وإن لم يتقبل ضرورة بخلاف ما سوى هذين الأمرين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو أقر أحدهما بدين من أمر الصناعة كخن صابون أو صبغ أو بدين للعملة عن عملهم أو أجرة بيت أو دكان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه إلا ببينة لأن نفاذ الأقرار على الآخر موجب للمفاوضة ولم ينصاعلها ثلاثة لم يعقدوا بينهم شركة تقبلتوا عملا ثم جاء أحدهم فعمله كله فله ثلث الأجرة ولا شيء للآخرين لأنهم لم يكو فواشركاء كان على كل منهم ثلث العمل لأن المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الأجر فإذا عمل الكل كان متطوعا في الثلثين فلا يستحق الا ثلث الأجر (قوله) وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان ولأمال لهما يشتربا بوجوههما) أي بوجاهتهما ووجاهتهما والربح بينهما لأن الجاهة مقولوب الوجه لما عرف غير أن الوأوانتقلت حين وضعت موضع العين للوجوب لذلك ولذا كان وزنه عضل (وانما تكون مفاوضة) بأن يكونا من أهل الكفالة والمشتري بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه وبتساوي في الربح وتلفظ بالنظر المفاوضة أويذكرامة مقتضياتها كما سلف (فتحقق الوكالة والكفالة في الإبدال) أي الأمان والمبيعات وإن فات شيء مما ذكرناه كانت عنانا لأن مطلق عقد الشركة ينصرف إليه لتبادره وزيادة تعارفه عملا ومنهها الشافعي ومالك والوجه من الجانبين تقدم في شركة الأعمال ونقول صحة العقد باعتبار صحة الوكالة وتوصل كل من الآخر بالشركة على أن يكون المشتري بينهما نصفين أو ثلثا صحيح فكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة وتقدم معنى الباقي غير الفرق بين الوجود والعنان من جهة أن في شركة الوجود لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان مع أن الربح في كل منهما من جنس الأصل ففرق بأن شركة العنان في معنى المضاربة من حيث أن كلا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجود فصح أعمال شبه المضاربة في العنان في إجازة تفاوت الربح بخلاف الوجود والحاصل أن شبه المضاربة إنما جازت زيادة ربح أحدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجود أحدهما عاملا في مال الآخر وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق في

أن الربح عنده فرع المال فإذا لم يوجد المال لم تعقد الشركة وقلنا أن الشركة في الربح مستمدة إلى العقد إلى آخره المضاربة

(قوله) وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل) أقول يمكن أن يستعان في دفع تلك المصادرة بما ذكره الشارح الزيلعي في شرح الكنتز

(قوله ولا يجوز ان يتفاضل فيه) أى في الربح وان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وهذا) إشارة الى تختم المساواة في اشتراط الربح (قوله بالنصف) قيد اتفاقى فانه يجوز ان يأتى بأقل من النصف ولا يستحق بمساوها فان قيل لم لا يجوز ان يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه وتثاقفه رأيه وتديبه في الامور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة أوجب بأن اشتراط الزيادة في الربح بزيادة العمل انما يجوز اذا كان في مال معلوم كافي العنان والمضاربة ولم يوجد هنا (وقوله الا ترى) توضيح لقوله ولا يستحق بمساوها (قوله واستحقاق الربح في شركة الوجوه) عود الى البحث لانعام المطلوب يعنى ان صورة التزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل (قوله على ما بيناه) قيل هو إشارة الى ما ذكره في شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن وقيل هو إشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق الخ (٣١) وتقرير كلامه استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر

ولا يجوز ان يتفاضل فيه وان شرط ان يكون المشتري بينهما ان لا تفاخر الربح كذلك (وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال أو العمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذى يلقى العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بمساوها الا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لى ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر المال في المشتري وكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في مضاربتها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها والله أعلم

**فصل في الشركة الفاسدة** (ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شئ مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والنوكيل في أخذ المال المباح باطل

المضاربة على خلاف القياس والالم يجوز الحاق غيره به لشبهه به بل نقول الربح يستحق شرعا بأحد المعاني الثلاثة منها العمل وان كان فيه ربح مالم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل في الاجارة وحينئذ يسقط اعتراض بعضهم بأنه لو جاز ربح مالم يضمن في العنان اشبه بالمضاربة يصح الشركة بالعروض في العنان ونحسن انما يجوزها لاداء الربح مالم يضمن لان في جعل رأس مال الشركة عروض مضارب مالم يضمن لا في مقابلة عمل المستحق في مال الآخر لانه يلزم من أول الامر عند بيع العروض متفاوتة الثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كافي الصنائع أوجب بأنه انما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كافي العنان والمضاربة ولم يوجد هنا

**فصل في الشركة الفاسدة وجه تقديم الحجة على الفاسدة ظاهر** (قوله ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد) وكذا الاحتشاش والتكدي وسؤال الناس (وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه) أو أصابه من التكدي (فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في كل مباح) كالأخذ الحطب والثمار من الجبال كالخوز والتين والفسق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيعها من أرض مباحة أو الحصى أو الملح أو النخل أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية وكذا اذا اشترى كاعلى أن يلبس ثيابا من طين غير مملوك ويطبخها أو يجرأ ولو كان الطين مملوكا أو سمله الزجاج فاشترى كاعلى أن يشتري أو يطبخها وبيعها

العنان بالعروض لو كان مؤديا الى ربح مالم يضمن فقط لا تغفرناه ولكن انضم الى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة وليس في المضاربة ما يقتضى اعتقاده حتى يلحق به وهذا الجواب ينزع الى تخصيص العلة فاما أن يلتزم مساعه أو يصار الى مخلصه المعلوم في الاصول **فصل في الشركة الفاسدة** وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتأخير عنه لا يخفى على أحد وكلامه واضح

(قوله قيل هو إشارة الى ما ذكره في شركة التقبل بقوله الخ أقول وفيه بحث فان الاستحقاق في شركة الوجوه ليس بالعمل (قوله وقيل هو إشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه) أقول فيه بحث (قوله فانه يصح فيها الماذكرنا) أقول في رأس الصحيفة السابقة (قوله والجواب أن العنان بالعروض الخ) أقول والاولى عندي في الجواب أن يقال جواز ربح مالم يضمن في المضاربة على خلاف القياس ولهذا يقتصر على مورد النص وهى الدراهم والدينار والتشبيه به الا يكون علة التجوز فيه فيما يجوز فيه فليتامل **فصل في الشركة الفاسدة**

(قوله لان امر الموكل به غير صحيح) والوكيل عليه دليلان على المطلوب تقرير الاول المدعى أن التوكيل في أخذ المباح باطل لانه يقتضي صحة امر الموكل بما وكل به وهو أخذ المباح (٣٣) وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لانه صادف غير محل ولايته وتقرير الثاني التوكيل

بأخذ المباح باطل لان الوكيل عليه بدون أمر الموكل ومن تلك شيأ بدون أمر الموكل لا يصلح ان يكون نائباً عنه لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيها هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يخفى في عين ملك بدون أمره لا يلزم اثبات الثابت ونقض الثاني بالتوكيل بشرأ عبد غير معين فان الوكيل عليه بدون أمر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح أن يكون نائباً عن الموكل والجواب أن معناه ملكه بدون أمر الموكل بلا عقد وصورة النقص ليست كذلك فانه لا يملكه الا بالشراء وقوله (فلا معين أجر مثله) بالغام بالغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يتجاوز به نصف عن ذلك وقد عرف في موضعه) أي في كتاب الشركة من المبسوط قيل تقديم كرمحمد على أبي يوسف رجها ما الله في الكتاب وكذا تقديم دليل أبي يوسف على دليل محمد في المبسوط دليل على أنهم اختاروا قول محمد وجه قول أبي يوسف أنه رضى بنصف المجموع وان كان ذلك

لان أمر الموكل به غير صحيح والوكيل عليه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه وانما ثبت الملك لهما بالاختار واحراز المباح فان أخذهما معافوه بينهما ما نصفاً لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان أخذ أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل وان عمل أحدهما وأعان الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجعه الآخر أو قلعه وجعه وحله الآخر فلا معين أجر المثل بالغام بالغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يتجاوز به نصف عن ذلك وقد عرف في موضعه

جازوه وشركة الصنائع وكل ذلك جائز عند مالك وأحمد لان هذه شركة الابدان كالصباغين ويؤيده ما رواه أبو داود عن ابن مسعود قال اشترى كناناً وعماراً وسعداً يوم بدر فلم أجد أحداً من بني نضير فاشترى بينهم النبي صلى الله عليه وسلم أجيب بأن الغنمة مقسومة بين الغنمين بحكم الله تعالى فممنوع أن يشترك هؤلاء في شئ منها بخصوصهم وقوله صلى الله عليه وسلم انما هو تنفيل قبل القسمة أو أنه كان قد رمايخصهم وعلى قول بعض الشافعية أن غنائم بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم تصرف فيها كيف شاء ظاهر (قوله لان أمر الموكل به) أي بأخذ المباح (غير صحيح) لعدم ملكه ولايته (والوكيل عليه) أي ملك المباح (بدون أمر الموكل فلا يصلح الوكيل نائباً) عن الموكل لان التوكيل اثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل وهذا لم يوجد هنا فاذا ثبتت الوكالة ثبتت الشركة واستشكل بالتوكيل شراء عبد غير معين فانه يجوز مع أن الوكيل عليه شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب أن الوكيل ليس قادراً باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيها ثبتت له ولاية أن يشغل ذمته به بعد أن لم يكن بقدر عليه وحاصل هذا أن التوكيل عما يوجب حقاً على الموكل يتوقف على اثباته الولاية عليه في ذلك والكلام في التوكيل بخلافه وانما الوجه أن الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد اليه فاذا وكاله به فاستولى عليه سبق ملكه ملك الموكل ولو قيل عليه هذا اذا استولى عليه بقصده لنفسه فاما اذا قصده ذلك لغيره فلم لا يكون للغير يجاب بأن اطلاق نحو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث لا يفرق بين قصد وقصد (قوله فان أخذهما جميعاً) يعني ثم خطاهما وباعاه قسم الثمن على كيل أو وزن ما انكل منهما وان لم يكن وزناً ولا كيلاً فاسم على قيمة ما كان لكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في أيديهما فالظاهر أنه بينهما ما نصفاً والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الا بيمينه لانه يدعى خلاف الظاهر (وان أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل) لوجود السبب منه (وان عمل أحدهما وأعان الآخر) بأن قلعه أحدهما وجعه الآخر أو قلعه أحدهما وجعه الآخر جله فلمعين أجر مثله بالغام بالغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يتجاوز به نصف عن ذلك) وقوله (وقد عرف في موضعه) يعني كتاب الشركة من المبسوط فانه ذكر فيه وجه قول كل منهما فوجه قول محمد أن المسمى مجهول اذ لم يدرك نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئاً ولا والرضا المجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة وصار مستوفياً منافعها بعد فاسد فله أجر مثله بالغام بالغ وأبو يوسف يقول يقول محمد فيما اذا لم يصيب شيئاً وفيما اذا أصابا أنه ان كان أجر مثله أكثر فهو قد رضى بما دونه من النصف وكونه مجهولاً في الحال فهي حالة على شرف الزوال فانه على عرض أن يصير معلوماً عند الجمع والبيع بخلاف ما اذا لم يصيب شيئاً فان المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالتفاحش حالاً وما لا يخفى أن أجر المثل بالغام بالغ وقوله (لا يتجاوز به) بفتح الواو على البناء للفعول وقوله (نصف عن ذلك) بالرفع لانه

هو

مجهولاً في الحال لانه يعلم في المال وكانت جهالته على شرف الزوال فانه بعرضية أن يصير معلوماً عند الجمع

(قوله لانه صادف غير محل ولايته) أقول وفيه بحث لانه تناقض بالتوكيل بالشراء وكذا الدليل الثاني (قوله والجواب أن معناه ملكه الخ) أقول فيه تأمل فان الموكل به هو الشراء فالوكيل عليه فلا يندفع النقص (قوله قبل تقديم كرمحمد) أقول القائل هو الاتقاني

فإذا كان راضياً في الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضياً بنصفه عن (٣٣) المجموع في الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لانه

يعتبر رضاءه في اسقاط حقه عن مطالبة الزيادة ووجه قول محمد أنه لا يمكن تقريره أي تقرير أجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه مجهول جهالة متفاحشة جنساً وقدرا حيث لا يدري أي نوع من الحطب يصيبان وأي قدر منه يجمعان ولا يدريان أيضا هل يجدان ما عقدا عليه عقد الشركة أو لا يجدانه فإذا كان كذلك لا يمكن أن يقال ان المعين رضى بنصف المسمى من الحطب أو غيره لان الرضا بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغاً ما بلغ ألا يرى أنه لو أعانه عليه فلم يصيب شيئاً كان له الاجر بالغاً ما بلغ فنهنا أولى لانهم ما أصابا وقوله (واذا اشتركا ولا حدهما بغل ولا آخر رواية) الراوية في الاصل بعير السقاء لانه يروى الماء أي يحمله ثم كثر حتى استعمل في المزايدة وهي المرادة هنا قال أبو عبيدة المزايدة لا تكون الا من جلد ين قام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع من ادومز ايد وقوله (لان الربح فيه تابع للمال فيقدر بقدره) فيه نظر لان الربح عندنا فرع للعقد كما هو وكل فرع تابع وكونه تابعاً للمال انما هو مذهب الشافعي رحمه الله كما تقدم فكان الكلام متناقضاً والجواب

قال (واذا اشتركا ولا حدهما بغل ولا آخر) رابطة يستقي عليها الماء فالكسب بينهما ما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل) أما فساد الشركة فلا انعقادها على احرار المباح وهو الماء وأما وجوب الاجر فلا ان المباح اذا صار ملكاً للحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل) لان الربح فيه تابع للمال فيقدر بقدره كما أن الربح تابع للبدن في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت بمقتضى الاستحقاق على قدر رأس المال

هو النائب عن الفاعل **فرع** لهما كلب فأرسلاه فأصاب بينهما ولو كان لأحدهما وأرسلاه جميعاً كان ما أصابه لملكه **قوله** (واذا اشتركا ولا حدهما بغل ولا آخر) رابطة يستقي عليها الماء وما يحصل بينهما لم تصح الشركة) اعلم أن الراوية في الاصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لانه يرويه ويقال روي للقوم اذا سقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزايدة وهي الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل الماء فعلى الاول أن يكون لهذا جمل وللاخر بغل فاشتركا على أن كلا يؤجر ملكاً واحداً فارقا فهو بينهما وذلك باطل لان حاصل معني هذان كلا قال لصاحبه بع منافع دابته ليكون غنمه بينهما ومنافع دابته لي ان غنمه يئسوا لو صرحا به إذا كانت الشركة فاسدة ثم ان اجراهما ما باجر مع يوم صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الاجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل لان الشركة لماسدت والاجارة صحيحة لانه عقداه على منافع معلومة يبطل مع يوم كان الاجر مقسوماً بينهما كذلك كما قسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف مالواشتركا على ان يتقبلا الجولات المعلومة باجرة معلومة ولم يؤجر البغل والجمل كانت صحيحة لانها شركة التقبل والاخر بينهما نصفان ولا يعتبر زيادة جل الجمل على جمل البغل كما لا يعتبر في شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لأحدهما آلة الصبغ وللاخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الاعمال ليعمل بتلك الآلة في ذلك البيت وان اجرا البعير والبغل بعينه كان كل الاجر لصاحبه لانه هو العاقد ولو أعانه الاخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله لا يجاوز نصف الاجر على قول أبي يوسف وبالغاما بلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابته الى رجل ليؤجرها وما أطمع الله تعالى بينهما نصفان كان الاجر كله لملك الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بينا ان تقديره انه قال بع منافع دابته ليكون الاجر بينهما ثم الاجر كله لصاحب الدابة لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بامرء وللعاقد أجر مثله لانه لم يرض أن يعمل بجانبه بخلاف مالودفع اليه دابة ليبيع عليها طعاماً للدفع اليه على ان الربح بينهما نصفان فان الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة أجر مثلها لان العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها والربح للعامل وهو صاحب الطعام لانه كسب ماله وعلى الثاني أن يكون لهذا بغل وللاخر مزادة فاشتركا على ان يستقيا الماء فيها على البغل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول الشافعي وبه قال أحمد والاجر كله للذي استقى وعليه أجر مثل المزايدة ان كان صاحب البغل وأجر مثل البغل ان كان صاحب المزايدة وجمع المزايدة من ادومز ايد (أما فساد الشركة فلا انعقادها على احرار المباح وهو) نقل (الماء) وأما وجوب الاجر فلا ان المباح قد صار ملكاً للحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجر المثل **قوله** (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال الخ) كالف لأحدهما مع الفين للآخر فالربح بينهما أثلاثا وان كانا شرط الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل مالاً آخر وشرط الربح أثلاثا بطل شرط التفاضل وانقسم نصفين بينهما (لان الربح في وجوده) (تابع للمال) وانما طالب على التفاضل

(٥ - فتح القدير خامس)

أنه تابع للعقد اذا كان العقد موجوداً وهذا قد فسد العقد فيكون تابعاً للمال لانه شرط فان العلة اذا لم تصح لاضافة الحكم اليها تنضاف الى الشرط والربح عبارة عن الزيادة يقال أخرجت الارض ربعا أي غلة لانها زيادة

وقوله (على ما يشاء من قبل) إشارة إلى ما ذكره في باب أحكام المرتدين في قوله وإن لحق بدار الحرب مرتدا وحكم بلحاظه إلى قوله ولنا أنه بالحق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام الخ وقوله (لأنه) أي الموت (عزل حكيم) لكون موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكما لتحويل ملكه إلى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به ألا ترى أن الوكيل ينعزل بموت الموكل وإن لم يعلم بموته وقوله (وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة) متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعتراض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة وإذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع وأجيب بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث أنها شرطها لانصاع الشركة بدون الوكالة أشار المصنف إلى ذلك آتيا بقوله ولا بد منها أي الوكالة لتتحقق الشركة وإذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء المشروط بدونه وقوله (لأنه) أي الفسخ (عزل تصدى) فيتوقف على العلم

(وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) لأنها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا إذا قضى القاضي بلحاظه لأنه بمنزلة الموت على ما يشاء من قبل ولا فرق بينهما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكيم وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي والله أعلم

بالسمية في العدة وقد بطلت بطلان العقد فيبقى الاستحقاق على قدر رأس المال المولده وتطير البزير في المزارعة والربيع الزيادة (قوله) وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) مفاوضة كانت أو عتانا إذا قضى بلحاظه على البتة حتى لو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة وإن لم يقض القاضي بلحاظه انقطعت على سبيل التوقف بالإجماع فإن عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاظه فهو ما على الشركة وإن مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف فإن لم يقض القاضي بالبطلان حتى أسلم عادت المفاوضة وإن مات بطلت من وقت الردة وإذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل تصير عتانا عند أي حنيفة رحمه الله لا وعندهما تبقى عتانا ذكره الولوالجي وإنما بطلت الشركة بالموت لأنها تتضمن الوكالة أي مشروط ابتداءها وبقاؤها باضرورية فانها لا يتحقق ابتداءها إلا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية الأبقاء الوكالة وبهذا التقرير اندفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعا ولا يلزم من بطلان التبعية بطلان الأصل وبطلانها بالالتحاق لأنه موت حكيم على ما يشاء من قبل في باب أحكام المرتدين ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما إذا علم الشريك بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لأنه عزل حكيم فإن ملكه يتحول شرعا إلى وارثه علم موته أو لا فلا يمكن توقفه وقد نفذ الشرع حيث نقل الملك بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة وماله دراهم أو دنائير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي لأنه نوع حجر فيشترط علمه دفعا للضرر عنه وتقييده بما إذا كان مال الشركة دراهم أو دنائير لأنه لو كان عروضًا فلا روية في ذلك عن أصحابنا وإنما الرواية في المضاربة وهي أن رب المال إذا أنهى المضارب عن التصرف فإن كان مال المضاربة دراهم أو دنائير صرح فيه غير أنه يصرف الدراهم بالذنان - يران كان رأس مال الشركة دنائير وعكسه فقط وإن كان عروضًا لم يصح جعل الطحاوي الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ وبعض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وإن كان المال عروضًا وهو المختار وفرقوا بين الشركة والمضاربة بأن مال الشركة في أيديهم مامعًا وولاية التصرف إليهم مباحة فملك كل منهم صاحبه عن التصرف في ماله نقدًا كان أو عرضًا بخلاف مال المضاربة فإنه بعد ما صار عرضًا ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال فيه فروع في انكار الشركة فسخ وقوله لا عمل فسخ حتى لو عمل الآخر كان ضامنة القيمة نصيب شريكه وفي الخلاصة قال أحد الشريكين لصاحبه أنا أريد أن أشتري هذه الخارية لنفسى فسكت فاشتراها لا تكون له ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له ثم فرق فقال إن الوكيل يملك عزل نفسه إذا علم الموكل رضي أم سخط بخلاف الشريك فإن أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة إلا برضا صاحبه اه وهذا غلط وقد صحح هو أنفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس فإن أحد المتفاوضين لا يملك تغيير مرجعها إلا برضا صاحبه وفي الرضا احتمال يعني إذا كان ساكنًا والمراد بوجوبها وقوع المشتري على الاختصاص ولا يشك على هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتر كواشركة صحيحة على قدر رؤس أموالهم فخرج واحد إلى ناحية من النواحي لشركته فشاركه الحاضران آخر على أن تلت الربح له والثلاثين بينهم أثلاثًا لهما الحاضران وثلاثة للغائب فعمل المدفوع إليه بذلك المال

**فصل** ولما كانت أحكام هذا الفصل أبعد عن مسائل الشركة من قبيل أنهم ليست من مسائل التجارة أخرها في فصل على حدة وكلامه واضح لا يحتاج إلى شرح سوى ما ذكره وقوله (أما إذا أديا معا من كل واحد منهما ما نصيب صاحبه) يعني عند أبي حنيفة خلافا لهما وقوله (لأن الظاهر أنه لا يلزم الضرر) يعني أداء بعض ماله على يد الوكيل الالذفع الضرر رأي بقاء الواجب في ذمته وقوله (لأنه عزل حكيم) اعترض عليه بأنه يشك بالوكيل بقضاء الدين فإن هناك إذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فإن علم بأداء الموكل فهو ضامن وإن لم يعلم لم يضمن شيئا فقد فرق هناك بين العلم وعدمه مع أنه حصل العزل الحكيم هناك أيضا بأداء الموكل وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضمون على القابض على ما هو الأصل لأن الدين تقضى بأمثالها وذلك يتصور بعد أداء الموكل فلم يكن أداءه موجبا لعزل الوكيل حكما فوضح الفرق أن هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بمجهله بأداء الموكل لالحق الموكل فيه ضرر لأنه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه إن كان هالكا وههنا (٣٥) لو لم يوجب الضمان أدى إلى لحاق الضرر بالموكل لأنه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه والضرر يندفع فلهذا وجب الضمان بكل حال واعترض عليه أيضا بأن زكاة كل واحد تسقط عنه بعد أدائه فيترتب عليه عزل وكيله وحال ما يؤدي عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكاة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الأداء وأجيب عنه بأنه أمر بأداء الزكاة عنه في حال استقرار الزكاة على الأمر وعند ما يؤدي الموكل عن نفسه الزكاة الحلاله حالة زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا توصف في هذه الحالة أنهم حالة استقرار الزكاة فكان أدائها على غير الوجه المأذون فكان مخالفا لما أمره فلذلك

**فصل** وليس لاحد الشرى يكن أن يؤدي زكاة مال آخر إلا بآذنه لأنه ليس من جنس التجارة فان أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاة فان أدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الأول أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن إذا لم يعلم وهذا إذا أديا على التعاقب أما إذا أديا معا من كل واحد منهما ما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعد ما أدى الأمر بنفسه لهما أنه مأمور بالتعليم من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لأن في وسعه التعليم لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وإنما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعد ما زال الإحصار وجب الأمر لم يضمن المأمور علم أولا ولا بى حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب لأن الظاهر أنه لا يلزم الضرر الالذفع الضرر وهذا المقصود حصل بأدائه وعزى أداء المأمور عنه فصار معزولا علم أو لم يعلم لأنه عزل حكيم وأما دم الإحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار وفي مسئلتنا

سنتين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشئ فافترسوا ولم يزل يعمل معهم هذا الرابع حتى خسر المال وأستهلكه فأراد الغائب أن يضمن شريكه لا ضمان عليهما وعمله بعد ذلك رضا بالشركة لأن هذا أخص من السكوت الثابت لما فيه من زيادة العمل

**فصل** ولما كانت أحكام هذا الفصل بعيدة عن الشركة إذ ليست من أمور التجارة والاسترباح أفردنا بفصل وأخره (قوله وإذا أذن كل أن يؤدي زكاة أمواله إذا حال الحول فحال فأدى) وقد أدى الآن المالك ضمن لشريكه ما أداء (علم بالأداء أو لم يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله) وعندهما لا يضمن ما لم يعلم بأدائه هكذا ذكر في كتاب الزكاة من المبسوط ونقل الوكيل إلى أن في بعض المواضع لا يضمن عندهما وإن علم بأداء المالك ونص في زيادات العنابي أن عندهما لا يضمن علم بأدائه أو لم يعلم قال وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع مال إلى رجل ليكفر عنه فكفر إلا أنه بنفسه ثم كفر المأمور (وعلى هذا المأمور بأداء الزكاة) وهذا الخلاف فيما إذا أديا على التعاقب فان أديا معا من كل نصيب

ضمن وقوله وأما دم الإحصار جواب عن قوله فصار كالمأمور بذبح دم الإحصار وتقديره أنا لا نسلم أن المأمور بذبح دم الإحصار لا يضمن إذا ذبح بعد زوال الإحصار ولئن سلمنا أنه لا يضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما أن دم الإحصار ليس بواجب البتة لأنه لو صبر إلى أن يزول الإحصار لم يطالب بدم الإحصار فلم يكن أمرا مقصودا فلم يمكن أن يقال أن المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور فعزى فعل المأمور عن المقصود بخلاف أداء الزكاة فإنه واجب وكان إسقاط الواجب أمرا مقصودا وقد حصل هذا المقصود بأداء الأمر نفسه فعزى فعل المأمور عن المقصود فيضمن

**فصل** وليس لاحد الشرى يكن أن يؤدي زكاة مال آخر إلا بآذنه الخ (قوله وأجيب بأن الوكيل الخ) أقول وفي شرح الاتفاقية والجواب عن مسألة كتاب الوكالة قال صاحب الأجتناس من أصحابنا من قال إن هذا الجواب عن قوله ما فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يضمن التوكيل في جميع الأحوال فعلى هذا يحتاج أبو حنيفة إلى الفرق (قوله واعترض عليه أيضا إلى قوله وأجيب عنه بأنه أمر الخ) أقول هذا الاعتراض والجواب للاتقاني

وقوله (واذا أذن أحد المتفاوضين) صورة المسئلة ظاهرة وتقرير دليلهما أنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كافي شراء الطعام والكسوة وقوله (وهذا) بيان لقوله أنه أدى ديناً عليه خاصة لان الملك واقع له خاصة بدليل حل وطه والتمن بمقابلة الملك (٣٣٦) فكان الدين عليه خاصة ولا يحنيفة رضى الله عنه ان الجارية دخلت في الشركة على

الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال (واذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية قيطاً فافعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة وقال يرجع عليه بنصف الثمن) لانه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة (وهذا) لان الملك واقع له خاصة والتمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جارية على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطه لا يحل الا بالملك ولا وجهه الى اثباته بالبيع لما بينا انه مخالف مقتضى الشركة فثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن الاخر عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن ذكروه في المبسوط وزيادات العتاني وعلل فيما نقل عن المبسوط بان زكاة كل منهما تنفع بما آداه بنفسه وأداؤه بنفسه يوجب عزل الوكيل ولا يخفى انه لا يفيد لانه بعد تسليم ان آداه يتضمن عزل الوكيل وهو لا يعزل الا بعد العلم والكلام فيه وجه قولهما في خلافة الكتاب انه آداه بالامر ولا ضمان مع الامر ولا يقال انما أمره بأداء ما هو زكاة لاننا نقول ليس هذا من وسع الوكيل لان وقوعه زكاة يتعلق بأمر من جهة الموكل كنيته وانما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه الا الاداء ولهذا اودع الى رجل ليقضى بهادينا عليه ثم أدى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعلم وصار أيضاً كدم الاحصار اذا ذبح المأمور بعد زوال الاحصار (ولا يحنيفة انه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى) بعد أدائه (لم يقع زكاة فصار مخالفاً وهذا لان الظاهر ان لا يلتزم الضرر) بتقصيص المال الادفع الضرر الديني وقد خلا أدائه عن ذلك (فصار بأدائه معزولاً علم أو لم يعلم لانه عزل حكيم) لا يتوقف على العلم بالعزل بالموت كما ذكرنا آنفاً وأما ما التزمه من المستثنين فقبل يمنع تسليم أبي حنيفة الجواب فيهما وقبل بل هو على الاتفاق والفرق (ان الدم ليس بواجب على الأمر المحصر لانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار) أدرك الحج أو لم يدركه ويفعل أفعال فائت الحج (وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه) وأما مسئلة الدين فالفرق انه أمر بدفع مضمون على الاخذ وذلك ثابت وان كان الاخذ ذاته وهذا لان الدين لا يمكن دفعه بل دفع مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضمن قصاصاً وقد وقع ولم يفت لامكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى انه لم يقع الجواب عن قولهم ليس في وسعه ايقاعه زكاة فكان المأمور به دفعه الى المصرف وقد وجد وكونه عزلاً حكماً لهما أن يمنعاه لانه موقوف على كون الامر صحيح بدفعه مقيد بوقوعه زكاة وهو ممنوع وقد قيل انه لما أمره بأداء الزكاة كان ناوياً بالها فلو بادرا الى الاداء وقع المأمور به فلما أخر حتى أدى الامر كان بتأخير من سبب الوقوعا غير زكاة ولا يخفى ما فيه (قوله) واذا أذن أحد المتفاوضين للآخر ان يشتري جارية ويطأها ففعل (فهى له بغير شيء عند أبي حنيفة وقال يرجع عليه) شريكه (بنصف) ما أدى (لانه أدى ديناً عليه من مال الشركة) لان الملك فيها له خاصة كطعام أهله (وله ان الجارية دخلت في الشركة جارية) على موجب المفاوضة (اذ لا يملكان تغييره فكان كحال عدم الاذن) ثم (الاذن) له بالوطه (يتضمن هبة نصيبه منه) اذ (لا يحل الا في ملك ولا يمكن اثباته بالبيع) الصادر من البائع لاحد الشريكين (لما بينا) من عدم

البتات وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة وكل ما دخل في الشركة وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه صاحبه بشيء كالأشترها قبل الاذن وأدى ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه بشيء وبين دخولها في الشركة بقوله (جارية على مقتضى الشركة) أى شركة المفاوضة فان ذلك يقتضى دخول مال ليس بمشتري كالطعام والكسوة تحتها وشراء الجارية ليس بمشتري فيدخل تحتها لانها لا يملكان تفسير مقتضى الشركة مع بقائها الا ترى أنها لو شرطت التفاوت بينهما في ملك المشتري لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة فان قيل لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطؤها أجيب بأنه كان يحل وطؤها كما يحل اذا وهبه نصيبه بعد الشراء بغير اذن وقوله (غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه) استثناء من قوله فاشبه حال عدم الاذن فانه كان مما يوجبهم أن يقال كيف يشبه حال عدم الاذن وهناك لم يحل وطؤها وبعد الاذن

يحل فأزال ذلك بقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطه لا يحل الا بالملك ولا وجهه الى اثباته بالبيع يعنى لا يمكن أن يقال حل الوطه بناء على أنه اشترى جميعها لنفسه لما بينا أنه مخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكره آنفاً من قوله جارية على مقتضى الشركة فثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن فكانت قال اشترى جارية بيننا وقد وهبت نصيبى منها لك فجازت الهبة في الشائع لان الجارية مما لا تقسم

ملكهما

فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثاني أن الملك ثبت في نصيب الشركة بالهبة حكماً للآذن بالوطء والملك لا يثبت في الجارية بالهبة حكماً للإحلال فان من قال بغيره أخلت لآ وطء هذه الجارية لانه يرمي ملكاً للمخاطب حكماً للهبة بالأحلال والجواب عن الأول أن ذلك إنما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذي هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه وعن الثاني أن المصنف رحمه الله أشار إلى ذلك بوله في ضمن الآذن وجاز أن يثبت الشيء ضمناً ولا يثبت بذلك قوله (والبائع أن يأخذ الثمن أي ما شاء) ظاهر واقعته بانه وتعالى أعلم بالصواب إليه المرجع والمآب

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبداً عنى الخ) أقول المسئلة مذكورة في الأصول (قوله وعن الثاني أن المصنف أشار إلى ذلك بقوله في ضمن الأذن وحاز أن ثبت الشيء

(کتاب الوقف)

(كتاب الوقف)

( کتاب الوقف )

ووقفت فيها ناقة-تى فسكأنها \* فدن لا أقضى حاجة المتلوم

وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل بتعدى ولايته مدى ويحتمل معان في قولك وقفت زيدا أو الجار فوقف وأما  
أوقفته بالهمز فلغة رديئة وقال أبو الفتح ابن جني أخبرني أبو علي الفارسي عن أبي بكر عن أبي العباس  
عن أبي عثمان المازني قال يقال وقفت دارى وأرضى ولا يعرف أو وقفت من كلام العرب ثم اشتهر المصدر  
أعنى الوقف في الموقوف فقبل هذه الدار وقف فلذا جاع على أفعال فقبل وقف وأوقف كوقت  
وأوقات وأما شرعا فليس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعته أو صرف منفعتها على من أحب  
وعندهما حبسها لا على ملك أحد غير الله تعالى الخ وقد انتظم هذا بيان حكمه وسيأتي غمامه فلا حاجة  
لأفراد هنا أيضا وإنما قلنا أو صرف منفعتها لأن الوقف يصح لمن يحب من الاغنياء بلا قصد القرية وهو  
وان كان لابد في آخره من القرية بشرط التأييد وهو بذلك كالقراءة ومصالح المسجد لكنه يكون وفقا  
قبل انقراض الاغنياء بلا تصدق وسببه ارادة محبوب النفس في الدنيا بين الاحياء وفي الآخرة بالتقرب  
الى رب الارباب جل وعز وأما شرطه فهو الشرط في سائر التبرعات من كونه سرا بالغا عقلا وان  
يكون متبرعا غير معلق فلو قال ان قدم ولدي فدارى صدقة موقوفة على المساكين جاء ولده لا يصير  
وقفا وأما الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين حاز ويجوز أن

ضمنا ولا يثبت قصدا) أقول قد سبق تطهير هذا الجواب من الشارح قبل ثلاث دورقات ونحن نقول فيه  
للا حلال يكون ثبوته ضمنا أيضا والاولى أن يقال ان الجارية المشتركة أقبل لتمام الشريك لها من الجارية  
بالاحلال شقصا منها واذا كان أحد الشريكين عليهما الاستئثار دون الاخرى

يعطى لمساكين المسلمين وأهل الزمة وإن خص في وقفه مساكين أهل الزمة جاز ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم إلا أن خص صنفاً منهم فلا يدفع القيم إلى غيرهم كان ضامناً وان قلنا أن الكفر كله ملة واحدة ولو وقف على ولده ونسبه ثم للفقراء على أن من أسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا إن قال من انتقل إلى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاص ولا نعلم أحداً من أهل المذهب تعقبه غير متأخر يسمى الطرسوسي شنع بأنه جعل الكفر سبب الاستحقاق والاسلام سبب الحرمان وهذا البعد من الفقه فإن شرائط الواقف معتبرة إذا لم يخالف الشرع والواقف مالك له أن يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله أن يخص صنفان من الفقراء دون صنف وإن كان الوضع في كلهم قربة ولا شك أن التصديق على أهل الزمة قربة حتى جاز أن تدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا فكيف لا يعتبر شرطه في صنف دون صنف من الفقراء رأيت لو وقف على فقراء أهل الزمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين ولودفع المتولى إلى المسلمين كان ضامناً فهذا مثله والاسلام ليس سبباً للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب عليه هذا المال والسبب هو اعطاء الواقف المالك وشرط صحة وقفه أن يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة مثلاً فاذخرت يكون للفقراء كان ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان مبرأ عنه نص عليه الخصاص في وقفه ولم يحك خلافاً ومعلوم أن خلاف أي حنيفة في الوصية فإنه انما شرط أن يكون قربة عندهم فقال صاحب المحيط الوقف كالوصية ولو أنك رفضت عليه نسيان عدلان في ملتهم قضى عليه بالوقف ولو وقف على أن يحج به أو يعتبر لم يجز لأنه ليس قربة عندهم بخلاف ماله وقف على مسجد بيت المقدس فإنه يجوز لأنه قربة عندنا وعندهم وأما المرتد إذا وقف حال رده ففي قول أبي حنيفة هو موقوف إن قتل على رده أو مات بطل وقفه وقول محمد إذا انتحل ديناً جاز منه ما يجزى لأهل ذلك الدين أما المرتد فابو حنيفة يجوز وقفها لأنها لا تقتل وأما المسلم إذا وقف وقفاً صحيحاً في أي وجه كان ثم ارتد بطل الوقف ويصير ميراثاً سواء قتل على رده أو مات أو عاد إلى الاسلام إلا أن أعاد الوقف بعد عودته إلى الاسلام وحكي الخصاص في وقف المرتدين خلافاً بين أصحابنا مبني على الخلاف في الذي يتزندق يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً قال بعضهم أقره على ما اختاره وأقر الجزية عليه لأنني أن أخذته بالرجوع فأنما أرده من كفر إلى كفر ولا أرى ذلك وقال بعضهم لا أقره على الزندقة وأما الصائبة فإن كانوا دهرية يقولون ما يهلكنا إلا الدهر فهم صنف من الزندقة وإن كانوا يقولون بقول أهل الكتاب صح من وقفهم ما يصح من أهل الزمة وجميع أهل الأهواء بعد كونهم من أهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم أهل الاسلام ألا ترى إلى قبول شهاداتهم على المسلمين فهذا حكمهم باسلامهم وأما الخطابية فأنما لم يقبلوا لأنه قيل إنهم يشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم وقيل لأنهم يتدينون صدق المدعى إذا حلف أنه محق ومن الشروط الملك وقت الوقف حتى لو غصب أرضاً فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع عنها اليه أو صالح على مال دفعه اليه لا تكون وقفاً لأنه أنما ملكها بعد أن وقفها هذا على أنه هو الواقف أما لو وقف ضبعة غيره على جهات فبلغ الغير فأجازه بشرط الحكم والتسليم أو عذمه على الخلاف الذي سنذكره وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وستأتي فروع آخر مبني على هذا الشرط ومن شرطه أن لا يكون محجوراً عليه حتى لو حجر القاضي عليه لسفه أو دين فوقف أرضه لا يجوز لأن حجره عليه كى لا يخرج ماله عن ملكه ليضر بأرباب الدين أو بنفسه كذا أطلقها الخصاص وينبغي أن لا يجرى لسفه على نفسه ثم الجهة لا تنقطع أن يصح على قول أبي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل إذا حكم به حاكم هذا وأما عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلو أجرة أرضاً عابدين فوقها قبل مضى الزم الوقف بشرطه فلا يبطل عقد الاجارة فإذا انقضت المدة رجعت الأرض إلى ما جعله له من الجهات وكذا الورهن

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال (٣٩) وهو مصدر وقف الدابة وقفا ووقفها

أنا يتعدى ولا يتعدى ووقف  
الدار على المساكين وقفا  
وأوقفها الغلة رديته وعرفه  
شمس الأئمة السرخسي  
رحمه الله بأنه حبس المملوك  
عن التملك من الغير وسببه  
طلب الزلفى وشرطه كون  
الوقف حرا بالغاء عاقلا وكون  
الحمل غير منقول وركنه  
أرضي هذه صدقة  
موقوفة مؤبدة على المساكين  
وحكمه خروج الوقف أي  
الموقوف عن ملك الوقف  
وعدم دخوله في ملك  
الموقوف عليه وكلامه واضح

قال الاتقاني الوقف الحبس  
من قولهم وقف الدابة  
إذا منعت من السير قال  
صاحب الجهرة الوقف  
مصدر وقف الدابة أوقفه  
وقفا وكذلك كل شيء حبسته  
وهو أحدا جاء على فعلته  
ففعّل وقال ابن جني في  
شرح المتنبي أخبرني أبو علي  
القارسي عن أبي بكر عن  
أبي العباس عن أبي عثمان  
المازني قال يقال ووقف  
داري وأرضي ولا يعرف  
أوقف من كلام العرب  
انتهى وفي شرح الكاكي  
الوقف في الأصل مصدر  
وقفه إذا حبسه وقفا ووقف  
بنفسه وقفا يتعدى ولا  
يتعدى ومنه وقف أرضه  
على ولده لأنه حبس الملك  
عليه وقيل للوقوف وقف  
كقوله نسج اليمن وضرب

قال أبو حنيفة لا يزول ملك الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول إذا مات فقد  
وقف داري على كذا

أرضه ثم وقفها قبل أن يفتكها لزم الوقف ولا يخرج عن الرهن بذلك ولو أقامت سنين في يد المرتين  
فافتكها تعود إلى الجهة فلو مات قبل الافتك ترك قدر ما بقية ملكه بالوقف وإن لم يترك وفاء  
بيعت وبطل الوقت وفي الاجارة إذا مات أحد المتأجرين تبطل وتصير وقفا وأما شرطه الخاص لخروجه  
عن الملك عند أبي حنيفة الاضافة إلى ما بعد الموت وهو الوصية به أو أن يلحقه حكم به وعند أبي يوسف  
لا يشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا أو دارا وعند محمد ذلك مع كونه مؤبدا مقسوما غير  
مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلما إلى متول وأما ركنه فالإلحاق الخاصة كان يقول أرضي هذه صدقة  
موقوفة مؤبدة على المساكين ولا خلاف في ثبوت هذا اللفظ بعد شرطه ولا بأس أن نسوق شيئا من  
الالفاظ أرضي هذه صدقة أو قال تصدقت بأرضي هذه على المساكين لا تكون وقفا بل نذرا يوجب  
التصدق بعينها أو بقيمتها فإن فعل خرج عن عهدة النذر والورثت عنه كن عليه زكاة أو كفارة فئات  
بلا إبطاء تورث عنه وموقوفة فقط لا تصح إلا عند أبي يوسف فإنه يجعلها بمنزلة الصدقة وقفا على  
الفقراء وهو قول عثمان البتي وإذا كان مقيدا لخصوص المصرف أعني الفقراء لزم كونه مؤبدا لأن  
جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيدي ومشايع يلحقون بقول أبي يوسف ونحن نفق بقله أيضا  
لمكان العرف وبهذا يدفع رد هلال قول أبي يوسف بأن الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فبطل  
لأن العرف إذا كان يصرفه للفقراء كان كالتمتع به عليهم فلو قال موقوفة على الفقراء صح عند هلال  
أيضا لزوال الاحتمال بالنقص على الفقراء بخلاف قوله محبوسة أو حبس ولو كان في حبس مثل هذا  
العرف يجب أن يكون كقوله موقوفة وكذا إذا قال للسبيل إذا تعارفوه وقفا مؤبدا على الفقراء كان  
كذلك والاستل فان قال اردت الوقف صار وقفا لأنه محتمل لفظه أو قال اردت معنى صدقة فهو نذر  
فيتصدق به أو بتمتها وإن لم يكن ميراثا ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء أن تعارفوه  
وقفا عمل به والاستل فان أراد الوقف فهي وقف أو الصدقة فهو نذر وكذا عند عدم النية لأنه أدنى فائتانه  
به عند الاحتمال أولى واعترضه في فتاوى الخاص بأنه لا فرق بينهما وذكر في أحدهما إذا لم تكن له نية  
يكون ميراثا ولا يخفى أن كونه ميراثا لا ينافي كونه نذرا لأن النذر وريه إذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون  
ميراثا لأنه اقتصر على تمام التفصيل في أحدهما والافلاش أن في كل منهما ما إذا لم تكن له نية يكون نذرا  
فإن مات ولم يتصدق به ولا بقيته يكون ميراثا ولو قال صدقة موقوفة فهلال وأبو يوسف وغيرهما على  
صحته لأنه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا وكذلك حبس صدقة  
وكذلك صدقة محرمة قيل ومحرمه بمنزلة وقف وهي معروفة عند أهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس أو  
محبوسة موقوفة لأنه بمعنى موقوفة فكان كافرا لفظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمي وقفا  
وفيه غرأ ولا يصير الكرم وقفا وكذا لو قال جعلت غلته وقفا تصحبه الكلام ما أمكن كأنه قال جعلت  
كرمي بمقابله وقفا وينبغي أن لا تدخل الثمار لاسند كره ولو زاد فقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغي أن  
لا يختلف فيه كالميراث مع ذلك مؤبدا وهو موضع اتفاق مجزئ الوقف على أنها العارضة الواقعة الآن قوله  
في الاسرار ولو لم يقل مؤبدا كان وقفا على قول عامة من يجيز الوقف بقيد أنه فيه خلافا ولا ينبغي أن التأيد  
أن يجعله في أول الأمر أو آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء بقيد ذلك وقوله موقوفة لله تعالى بمنزلة  
صدقة موقوفة (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الوقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم)  
أي بخبر وجهه عن ملكه (أو يعلقه) أي يعلق الوقف (بموته فيقول إذا مات فقد وقف داري على كذا)

الامير وجمع على أوقاف كوقت وأوقات (قوله وهو مصدر وقف الدابة وقفا) أقول فيه بحث لأن في مصدر وقف اللازم يجيء وقفا  
على ما عترف به لاوقفا والجواب أن مقصوده أنه مصدر وقفها أو نذر وقف الدابة للتوطئة يدل على ذلك كرمصدر الأول دون الثاني

وقال أبو يوسف (يزول ملكه بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه إليه) قال رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقف الدابة وأوقنتها بمعنى وهو في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عنددهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعة إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث

وقال أبو يوسف (يزول بمجرد القول) الذي قد مناصحة الوقف به وقال محمد (لا يزول حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه إليه) بعد ذلك القول به أخذ مشايخ بخاري وأذا لم يزل عند أبي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقةه ليس بالتصدق بالمنفعة ولفظ حبس إلى آخره لا معنى له لأن له بيعه متى شاء وملكه مستمرا فيه كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الواقف الأمثلة التصديق بمنفعته وله أن يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يقد لفظ الوقف شيئا وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لا يجوز الوقف وهو ما أراد المصنف بقوله (وهو الملقوف في الأصل) يعني المبسوط وحينئذ يقول من أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند أبي حنيفة لا يجوز صحيح لأنه ظاهر أنه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن وإذا لم يكن له أثر أئند على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاد والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم أن قوله لا يجوز ولا يجوز ليس المراد التلقظ بل لفظ الوقف بل لا يجوز الأحكام التي ذكر غيره أنها أحكام ذكر الوقف فلا خلاف إذن فأبو حنيفة لا يجوز الوقف أي لا تثبت الأحكام التي ذكرت له إلا أن يحكم بها حكم وقوله بمنزلة العارية لأنه ليس حقيقة العارية لأنه لم يسلمه إلى غيره فظاهر وإن أخرجه إلى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفى لمنفعته **فرع** يثبت الوقف بالضرورة وصورته أن يوصي بغيره هذه الدار لساكنين أبدا أو فلان وبعده لساكنين أبدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة والوجه أنها كقوله إذا مت فقد وقف دارى على كذا قال المصنف وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها إلى الله تعالى على وجه تعود منفعة إلى العباد ولا يخفى أنه لا حاجة إلى سوى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لأن ملك الله في الأشياء لم يزل قط ولا يزال فالعبارة الجديدة قول قاضيان إلا أن عند أبي يوسف ومحمد إذا صح الوقف يزول ملك الواقف إلى مالك فيلزم ولا يملك وهذا هو الأصح عند الشافعي وأحمد وقال بعضهم وللشافعي قول وهو رواية عن أحمد ينتقل إلى ملك الموقوف عليه أن كان أهلا للملك لا امتناع السائبة وعندما ملك هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية أن هذا قول آخر للشافعي وأحمد لأنه صلى الله عليه وسلم قال حبس الأصل وسبل الثمرة وهذا أحسن الأقوال فإن خلاف الأصل والقياس ثابت في كل من القولين وهو خروج وجهه إلى مالك وثبوت ملكه أو ملك غيره فيه مع منعه من بيعه وهبته وكل منهما له نظير في الشرع فمن الأول المسجد وغيره ومن الثاني أم الولد يكون الملك فيها باقيا ولا تباع ولا توهب ولا تورث وكذا المذهب المطلق عندنا فكل منهما يمكن أن يقع بالدليل ولا شك أن ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه فثبتت ذلك القدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق فإن الذي في الحديث في بعض الروايات تصديق باصطلاحه مع أنه ليس على ظاهره والآن خرج إلى مالك آخر ثم رأينا غيره بينه بقوله أن شئت حبست أصلها وتصدق بها أي بالثمرات والغلة وظاهر حبسها على ما كان فلم يخلص دليل بوجوب الخروج عن الملك وكذا المعنى الذي استدلل به المصنف وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم

وما عرفه به أبو حنيفة رحمه الله يقتضى أن لا يصح الوقف لأنه قال والتصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم لا يصح وقوله (وهو راجع) إلى قوله (فلا يجوز الوقف أصلا) عنده وهو الملقوف في الأصل) يعني المبسوط ولكنه نقله بالمعنى لا بعين لفظه فان لفظ المبسوط فأما أبو حنيفة فكان لا يجوز ذلك ثم قال فإرادته أنه لا يجعله لازما فأما أصل الجواز فثبت عنده كالعارية تصرف بالمنفعة إلى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف فله أن يرجع ويجوز بيعه ويورث عنه ولا يلزم الإبطر يقين قضاء القاضي بلزومه لكونه مجتمدا فيه وإخراجه من خرج الوصية بأن يقول أو وصيت بغيره دارى فحينئذ يلزم وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود المنفعة إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث

(قوله واللفظ) أي لفظ الوقف  
 ينتظمهما أي يتناول ما قاله  
 أبو حنيفة هو حبس العين  
 على ملك الواقف وما قاله  
 وهو حبس العين على حكم  
 ملك الله تعالى انتظاما  
 واحدا من غير ترجيح فلا بد  
 من دليل مرجح ثم ابتدأ  
 ببيان دليله ما بقوله لهما  
 قول النبي صلى الله عليه  
 وسلم لعمر بن عبد الله عن روى  
 صخر بن جويرية عن نافع  
 أن عمر بن الخطاب رضي  
 الله عنه كانت له أرض  
 تدعى ثمغ وكانت لخلا  
 نفيسا فقال عمر يا رسول  
 الله إني استغدت مالا وهو  
 عندي نفيس أفأتصدق  
 به قال تصدق بأصله لا يباع  
 ولا يوهب ولا يورث ولكن  
 لينفق من ثمرته فتصدق به  
 عمر رضي الله عنه في سبيل  
 الله وفي الرقاب والضيف  
 والمساكين وابن السبيل  
 ولذي القربى منه ولا جناح  
 على من وليه أن يأكل  
 بالمعروف أو يؤكل كل صدقة  
 له غير متمول عنه وهذه  
 الأرض كانت سهم عمر  
 رضي الله عنه بخير حين  
 قسم رسول الله صلى الله  
 عليه وسلم خير بين أصحابه  
 وفتح لقب لها وهي بفتح التاء  
 المثناة وسكون الميم والغين  
 المعجمة

واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه حين أراد أن  
 يتصدق بأرض له تدعى ثمغ تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف  
 منه ليصل ثوابه إليه على الدوام وقد أمكن دفع حاجته بأسقاط الملك وجعله لله تعالى

الوقف يفيد لزومه لا غير والحاصل أنه ثبت قوله صلى الله عليه وسلم لعمر تصدق وقوله حبس والمفهوم أن  
 مختلفان لأن معنى تصدق بأصلها ملكه الفقير لله سبحانه ومعنى حبس أحبسه أي على ما كان ولا يمكن  
 أن يراد به ما لا معنى أحدهما والا كان صلى الله عليه وسلم مجيبا لعمر رضي الله عنه في حادثة واحدة  
 بأمرين متناقضين فاما أن يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه لذلك يقول واحد من الثلاثة  
 بملك الفقير العين فوجب أن يحمل تصدق على معنى حبس وهو قول أبي حنيفة رحمه الله فيحبس على الملك  
 شرعا وإذا حبس عليه شرعا امتنع بيعه وصورة حكم الحاكم الذي به يزول الملك عنده أن يسلمه إلى متمول  
 ثم يظهر الرجوع فيخاصمه إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه فالواقف خاف الواقف أن يبيعه فاض  
 قبل أن يحكم به يكتب في صدك الوقف فإن أبطله أو غيره فاض فهذه الأرض بأصلها وجميع ما فيها وصية  
 من فلان الواقف تباع ويتصدق بثمراتها إذا كتب هذا الاختصاص أحد في إبطاله لعدم الفائدة له في ذلك  
 والوصية تحتمل التليق بالشرط وإذا أبطله فاض بصير وصية بغيره من جميع ماله كذا في فتاوى  
 قاضيان وينبغي أن يكون هذا إذا وقف في صحته أما إذا كان وقف في مرضه فينبغي أن يعتبر من الثلث  
 وعلى هذا التقدير فقد يكون في نقضه وبيعه فائدة للورثة فيحمل ما ذكرنا لم يكن وقف في المرض أو كان  
 فيه لكنه يخرج من الثلث (قوله واللفظ ينتظمهما) أي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه  
 إذ ليس من مقتضيات لفظ وقف داري أو حبسها خروجهما عن الملك فيصدق مع كل منهما فالترجيح أي  
 ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى أن الأدلة المذكورة من قبلهما إنما تنفي لزوم الانحروج عن  
 الملك ومن قبله تنفي كل منهما فلا دليل من الجانبين بقيد تمام المطلوب ثم ابتدأ بدليلهما فذكر حديث  
 ثمغ وهو بالثاء المثناة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة وذكر الشيخ حافظ الدين أنه بلاثنتين  
 العلمية والتأنيث وفي غاية البيان أنه في كتب غرائب الحديث الصحيحة عند الثقات متوننا وغير متون  
 كما في دعد قال محمد بن الحسن في الأصل أخبرنا صخر بن جويرية عن مولى عبد الله بن عمران عن عمر بن  
 الخطاب كانت له أرض تدعى ثمغ وقال كان نخلا نفيسا قال فقال يا رسول الله إني استغدت مالا هو  
 عندي نفيس أفأتصدق به قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب  
 ولا يورث ولكن تنفق ثمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب والضيف ولأساكين وابن السبيل  
 ولذي القربى لا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل كل صدقة غير متمول فيه وحديث عمر  
 هذا في الصحيحين وباقي الكتب الستة عن ابن عمر قال أصاب عمر أرضا بخير فأتى النبي صلى الله  
 عليه وسلم فقال أصبت أرضا لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به قال إن شئت حبست  
 أصلها وتصدق بها فتصدق بها عمر لا يباع أصلها ولا يورث ولا يوهب في الفقراء والقريب والرقاب وفي  
 سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق البخاري فقال عليه الصلاة والسلام تصدق بأصله لا يباع  
 ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته ثم استدل بالمعنى وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم  
 الوقف الحاجة إلى أن يصل ثوابه إليه على الدوام وقد أشار الشرع إلى أعمال ما يدفع هذه الحاجة فيما  
 روى الترمذي بسنده إلى أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا مات ابن آدم انقطع  
 عمله إلا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعوه ولا طريق إلى تحقيق دفع هذه  
 الحاجة وثبات هذه الصدقة الجارية إلا لزومه وتقرير المصنف بأنه تحقق حاجة استمرار وصول  
 ثوابه ويمكن بأسقاط ملكه فيسقط ظاهر المنع اذ لم يتعين لذلك سقوط الملك طريقا بل يتحقق بالحكم

وفوه (أذله نظير في الشرع وهو المسجد) لبيان نفي استبعاد أن يخرج من ملك الواقف ولا تدخل في ملك غيره فإن اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق وهو أخرج لتلك البقعة عن ملكه من غير أن تدخل في ملك أحد ولكنهما تصير محسوسة لنوع قرينة قصد ما فكذلك في الوقف ولا يحرى حنيفة قوله (عليه الصلاة والسلام ٤٣) لا حبس عن فرائض الله) أي لا مال يحبس بعدموت صاحبه عن القسمة بين

ورثته لكنهم يحملون هذا الأثر على ما كان عليه أهل الجاهلية من البيرة والسائبة والوصيلة والحامى ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ولكننا نقول النكرة في موضع النفي تم فتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الأما قام عليه دليل وقوله (جاء محمد ببيع الحبس) يدل على أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وان شريعة ناسنا نسخة لذلك وقوله (كالسائبة) هي النافقة التي تسبب لندرك وكان الرجل يقول إذا قدمت من سقري أو برئت من مرضي فناقني سائبة ومعناه أن الوقف بمنزلة تسبب أهل الجاهلية من حيث أن العين لا تخرج من أن تكون مملوكة له منتفع به فانه لو سبب دابته لم يخرج عن ملكه فكذلك إذا وقف أرضه أو داره وقوله (بخلاف الاعتاق) جواب عما يقال لو كان إزالة الملك لال مال غير مشروع لما جاز العتق فانه إزالة الملك النابت في العبد من غير تمليك لأحد وقوله (وبخلاف المسجد) جواب عن قياسهم الوقف على المسجد

أذله نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولا يحرى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبس لأن الملك باق فيه بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه لا واقف الا ترى أن له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيها إلا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبهه العارية ولا نه يحتاج إلى التصديق بالغلة دائماً ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه إلا إلى مالك لأنه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لأنه اتلاف وبخلاف المسجد لأنه جعل خالصاً لله تعالى وهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصبر خالصاً لله تعالى

بلزومه فلم يلزم زوال الملك من هذا المعنى فلا يقدح فيما رجحناه من الأقوال فيما مضى ثم على تقريرنا يحصل مطلوبهم ما لانه انما أتت الدلالة على لزومه خروج عن ملكه بموافقتنا لهما على ذلك لا اعتقاد الائمة الثلاثة رحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن الملك بالاجماع لال مالاً وكذا الاعتاق وسيجيب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف (قوله وله) أي لابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله أسند الطحاوى في شرح معاني الآثار إلى عكرمة عن ابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما أنزلت سورة النساء أو أنزل فيها الفرائض نعى عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطني وفيه عبد الله بن لهيعة عن أخيه وضعفوهما ورواه ابن أبي شيبة موقوفاً على علي حدثنا هشيم عن اسمعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال قال علي رضي الله عنه لا حبس عن فرائض الله إلا ما كان من سلاح أو كراع وينبغي أن يكون له هذا الموقوف حكم المرفوع لانه بعد أن علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال إلا ما عاوا الأفلان يحل والشعبي أدرك علياً وروايته عنه في البخاري ثابتة وأما حديث شريح فرواه ابن أبي شيبة في البيوع حدثنا وكيع وابن أبي زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح قال جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبس وأخرجه البيهقي وشريح من كبار التابعين وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالمرسل (قوله ولأن الملك الخ) ظاهره مصادره لعله الدعوى جزء الدليل والاولى انه اعتماد كرهه ليصل الدليل بالدعوى وتقرر به ان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف وتعلق حقوق العباد بالعين لانه ثبت ملكهم فيها على ما هو الأصل فاما أن يكون ذلك الملك لغير الواقف أوله وانفقنا على أنه لا يكون ملكاً لغيره من العباد فوجب أن يكون ملكاً للواقف وكذا الاستيضاح بنصب القوام وصرف غلاته بحسب الأصل يكون عن ملكه العين لأن يوجب موجب لأمرد له خروجه عن ملكه وان تصرفه بولاية غير الملك ولم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق وحاصله أن المسجد جعل لله تعالى على الخلو صحراراً عن ان يملك العباد فيه شيئاً غير العبادة فيه وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق أجمعين أصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع العباد به بزيادة زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالملوك وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما ألحق المسجد به أو يضافضية كون الخصال منه صدقة دائمة عن الواقف أن يكون ملكه باقياً لا تصدق بملكه فاقضى قيام الملك فاما الاعتاق فانما للملوك بالكلية وليس الوقف كذلك وجواب شمس الائمة أن آدمي خلق مالكاً غير مملوك وانما عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود إلى ما كان بخلاف ما سواه لانهم اخلقت لتلك فبالوقف لا تعود إلى

قال المصنف (والملك فيه للواقف ألا يرى انه ولاية التصريف) أقول ومعنى الملك على ما سيجي من الشرح في أول البيوع هو القدرة على التصرف شرعاً في المحل (قوله الأما قام عليه دليل) أقول كالوصية

وقوله (قال في الكتاب) يعني مختصر القدوري لا يزول ملك الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو بعلقه بموته صورة الحكم أن يسلم الوقف ما وقفه إلى المتولي ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعد الزوم فيقتضمان (٤٣) إلى القاضي فيقضى بلزومه وقوله (فالحكم

أنه لا يزول ملكه) يعني أن المشايخ اختلفوا على قول أي خفيفة فقبل يزول الملك بالتعليق بالموت لأنه وقت خروج الاملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على أن مراده الخروج من الملك وقبل لا يزول وهو الصحيح لأن الوقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال أصل الملك ولأنه تصدق بالغلة دائما ولا يمكن التصديق بها هكذا إذا بقي أصل الموقوف على ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى أي الذي ولاه الخليفة عمل القضاء وأما المحكم وهو الذي يفوض إليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين ففيه اختلاف المشايخ قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى وأما حكم المحكم في اليمين المضافة وسائر الجهات فالأصح أنه ينفذ ولكن لا يفتى به (قوله وقال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت) يعني يلزم الوقف حينئذ على قول أي خفيفة بخلاف الوقف في الصحة فإنه لا يلزم عنده ثم قال الطحاوي في مختصره وقد روى محمد عن أي خفيفة أن ذلك لا يجوز

قال رضي الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو بعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لأنه قضاء في مجتهده فيه أما في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح أنه لا يلزمه عند أي خفيفة وعندهما يلزمه إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

أصل هو عدم الملوكة بل إلى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيد ما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه لكن أي خفيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه صدقة أو برا وليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من أم الولد والمدير والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لأن الأحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولنا كما صرح من قوله عليه الصلاة والسلام لا يباع ولا يورث إلى آخره وتكرر هذا في أحاديث كثيرة واستمر على الأمة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك أولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأسماء أختها وأم سلمة وأم حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن أبي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة ابن عامر وأي أروى الدوسي وعبد الله بن الزبير كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كلها برآيات ونوارث الناس أجعوت ذلك فلا تعارض عمل الحديث الذي ذكره على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامي ونحوه وبالجملة فلا يبعد أن يكون إجماع الصحابة العملي ومن بعدهم متوارثا على خلاف قوله فلذا ترجح خلافه وذكر بعض المشايخ أن الفتوى على قولهما (قوله) وأما تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم) وإن لم يخرج عن ملكه لأنه بمنزلة ما لا يتصور التصرف فيه يبيع ونحوه لما يلزم من إبطال الوصية وعلى هذا فله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعدم موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشروط ولذا قال إذا امت من مرضى هذا فقد وقفت أرضي إلى آخره فإت لم تصر وقفا وله أن يبيعها قبل الموت بخلاف ما لو قال إذا امت فاجعلوها وقفا فإنه يجوز لأنه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لأن الوقف بمنزلة تعليق الهبة من الموقوف عليه والتوكيلات غير الوصية لا تتعلق بالخطر ونص محمد رحمه الله في السير الكبير أن الوقف إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باطلا أيضا عند أي خفيفة وعلى ما عرفت بأن صحته إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باعتباره وصية قالوا لو قال دارى هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتي صح وله الرجوع لأن الوقف بعد الموت وصية والوصية يصح الرجوع عنها ما لو قال إن قدم ولدى فعلى إن أفق هذه الدار على ابن السبيل فقد قدم فهو ندر يجب الوفا به فإن وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفعه كانه اليهم جاز في الحكم ونذره باق وإن وقفه على غيرهم سقط لأن غيرهم ليس بمنزلة نفسه وتعيين المعطى له النذر لغو قصار الثابت النذر بالوقف جاز على كل من ليس بنفسه فإن قلت ينبغي أن لا يصح النذر بالوقف لأنه ليس من جنسه واجب قلت بل من جنسه واجب فإنه يجب أن يتخذ الامام للسليمن مسجد من بيت المال أو من مالهم إن لم يكن لهم بيت مال ولو قال إن شئت ثم قال شئت كان باطلا للتعلق أما لو قال شئت وجعلتها صدقة صح بهذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال إن كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر أنها كانت في ملكه وقت التسليم فإت تصير وقفا لأنه تعليق على أمر كائن والتعليق على أمر كائن تيجيز والمراد بالحاكم يعني في قوله أو يحكم به الحاكم القاضي وأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ والصحيح أنه لا يرفع الخلاف فلقاضى أن يبطل الوقف بعد حكمه (قوله ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي هو كالوصية بعد الموت) حتى يلزم

منه في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على أصوله وقال المصنف والصحيح أنه لا يلزم عند أي خفيفة لأن المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الارث كالعارية وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولى لانه حق الله تعالى وانما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التملك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعه غيره فبأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة

بعد الموت لان تصرفات المريض مرض الموت في الحكم كالضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله والصحيح انه لا يلزم عند أبي حنيفة الا أن يحكم به فله بيعه ويورث عنه اذا مات قبل الحكم الا أن تجيز الورثة وعندهما يلزم الا أنه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في العصة وفي فتاوى فاضل خان مريض وقف وعليه ديون تحيط بماله يباع وينقض الوقف كالأوقف دار اثم جاء الشفيع ~~كان~~ له أن يأخذها بالشفعة وينقض الوقف انتهى من غير تقييد بكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف ما لو وقف المدينون الصحيح وعليه ديون تحيط بماله فان وقفه لازم لا ينقضه أرباب الديون اذا كان قبل الحجر بالاتفاق لانه لم يتعلق حقهم بالعين في حال صحته (قوله) وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف (وهو) قول الأئمة الثلاثة وقول أكثر أهل العلم لانه اسقاط الملك كالعتق وعند محمد لا بد زواله من التسليم الى المتولى لان للواقف أن يجعله لله فيصير حقه وحقه انما يثبت مسلما في ضمن التسليم للعبد وهذا لان الوقف تملك لله تعالى (والتمليك منه وهو مالك لجميع الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يتحقق تبعه غيره فبأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة) المنجزة ولا يخفى ان التملك لله تعالى لا يتحقق لامقصودا ولا تبعه لانه تحصيل الحاصل المستمر ثم لا موجب لاعتباره حتى يحتاج الى تكلف توجيهه لانه غاية ما يوجبه الدليل إما خروج الملك عند الوقف لا الى أحد وتوجه الخطاب بصرف غلته الى من وقف عليه أو توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك فإذا فعل خرج من عهده الواجب كما هو في سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر نعم يمكن أن يلاحظ التسليم الى المسحق تسليما اليه تعالى كأنه تعالى جعله نائبة في قبض حقه وذلك بقبض المسحق لا المتولى كالزكاة ويمكن أن لا يلاحظ شي من ذلك بل المقصود ليس الا فعل ما وجب بالوقف فلذا كان قول أبي يوسف أوجه عند المحققين وفي المنية الفتوى على قول أبي يوسف وهذا قول مشايخنا وأما البخاريون فأخذوا بقول محمد رحمه الله كما تقدم وفي المبسوط وكان القاضي أبو عاصم يقول قول أبي يوسف من حيث المعنى أقوى الا انه قال وقول محمد أقرب الى موافقة الامار يعني ما روي أن عمر جعل وقفه في يد حفصة وغير ذلك ورد في المبسوط بأنه لا يلزم كونه فعلا ليم الوقف بل لشغله وخوف التصيير في أمره وكذا جميع من ينصب المتولين لا يخطر له غير تفريق نفسه من أمره وأما قول محمد رحمه الله لو تم قبل التسليم الى المتولى صارت يد الواقف مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سببا لاستحقاق على المتبرع جوابه منع ذلك بان التبرع بالسبب الموجب لخروج ما في يده يوجب عليه استحقاق يده كعتق العبد الكائن في يده سيده المعتق له والتأذير بالعين الكائنة في يده هي وقيمتها يوجب عليه اخراج أحدهما من يده وهذه أمور شرعية لاعقلية ومما ينبغي على هذا الخلاف ما ذكر من ان الواقف اذا شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولأولاده وأخرجه من يده وسلمه الى متول فهذا جائز نص عليه في السير الكبير لان هذا شرط لا يخل بشرائط الوقف ولولم بشرط ذلك لنفسه وأخرجه من يده الى قيم قال محمد لا ولاية له والولاية لا تقيم وكذا الوصى وله وصى فلا ولاية لوصيه والولاية للقيم ولو أراد الواقف أن يعزل القيم ويرده لنفسه أو يولي غيره ليس له ذلك وقال أبو يوسف الولاية للواقف وله أن يعزل القيم في حياته ويولي غيره أو يرد النظر الى نفسه واذا مات الواقف بطل ولاية القيم لانه بمنزلة الوكيل عنده وهذا الخلاف بناء على ان عند محمد لا يصح الوقف الا بالتسليم الى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند أبي يوسف بدون التسليم الى القيم يتم الوقف فاذا سلم الى قيم كان وكيله وله أن

(قوله) وقد يكون تبعه غيره فبأخذ حكمه) أي يثبت التملك من الله تعالى ضمنا للتملك من غير الله تعالى وان كان لا يثبت التملك من الله تعالى قصد فبأخذ حكم التملك من الله تعالى حكم التملك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض (قوله) فينزل منزلة الزكاة والصدقة) يعني ينزل التملك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد منزلة تملك المال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التملك منه في ضمن التسليم الى الفقير

قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) أي اذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من حيث انه يصح عندهما ولا يصح عند أبي حنيفة على ما هو الملقوف في الاصل والاصح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف يعني على قول أبي يوسف ومحمد ولم يدخل في ملك الواقف عليه لانه لو دخل في ملكه جازله اخرجه من ملكه كسائر املاكه ولما انتقل الى من بعده من شرط الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق وقوله (يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره) اعترض عليه بأنه ذكر قبل هذا لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء انما يحتاج اليه على قول أبي حنيفة في حق زوال الوقف عن ملك الواقف وأما على قولهما فان الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم الدليل الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك لان الخروج يقتضي ان لا يصح شرطه في صرف الغلة كما اذا اعتق عبده بشرط أن يصرف غلته الى كذا أو جعل أرضه مسجدا بشرط أن يصلى فيه فلان دون فلان فان التصرف في غيره ملكه غير صحيح والجواب عن الاول انما ذكره في الكتاب ههنا انما هو في الصحة وما ذكره قبل هذا فانما هو في الزوم والصحة لا تستلزم الزوم فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قولهما الا قول أبي حنيفة الا اذا حكم به الحاكم فانه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل سلما ان الصحة ههنا بمعنى الزوم ولكن لا يلزم من الزوم الخروج عن (٤٥) ملك الواقف عند أبي حنيفة لان الوقف عنده

معروف بحسب العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وذلك يمنع عن الخروج للمحالة وعن الثاني بان خروج الملك الى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه من خرج عنه الا ترى ان القربان تصير بالارادة الى الله تعالى ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فجاز ان يكون امر الواقف كذلك بخلاف العبد فانه يصير مالاً للمنافعة فلا يملك فيه تصرف غيره وأما المسجد فالاصل التكعبة والمسجد الحرام فيه سواء العاكف والباد فعلن ان الله تعالى لم يول التخصيص الى الذي جعله مسجداً وانما لحقه

قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله اذا صح (خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الواقف عليه) لانه لو دخل في ملك الواقف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ به كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال رضى الله عنه قوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره قال (ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تنتمه وقال محمد لا يجوز لان أصل القبض عنده بشرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة وما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوخ عند محمد أيضاً لانه يعتبر بالهبة والصدقة

يعزله وينعزل بموته الا اذا جعله قيا في حياته وبعد موته وكذا يبنى عليه ما لو قال هذه الشجرة للمسجد لا نصير للمسجد حتى يسلمها الى قيم المسجد (قوله) واذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الواقف عليه) وهذا مذهب عامة علماء الامصار الا في قول عن الشافعي وأحمد انه يدخل في ملك الواقف عليه اذا كان أهلاً للالك لانه لا يباع ولا يتملك والمختار الاول لانه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذي هو الواقف لانه لا ملك له فيه لكنه ينتقل للاجماع على صحة قوله ثم بعد فلان على كذا ثم قال المصنف وقوله أي القدوري (خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما) لان الصحة غير الزوم وهو لم يقل ان الزوم خرج عن ملك الواقف ليكون على قول الكل بل قال اذا صح وصحة العقد لا تستلزم الزوم بل تختلف باختلاف أحكام العقود فقد يكون عقد حكمه الزوم كالبيع والاجارة وقد يكون حكمه غير الزوم كالعارية والظاهر انه يجوز بالصحة عن الزوم (قوله وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) وعند محمد لا يجوز والخلاف مبني على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع (لان القسمة من تمام القبض) ولا بد من القبض فوجب وعند أبي يوسف

بالمسجد الحرام والتكعبة (قوله لان القسمة من تمام القبض) بيانه ان القبض للعبادة والعبادة فيما يقسم انما هي بالقسمة (قوله وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لا خلاف بينهما ان القسمة فيما يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهما في أن أصل القبض شرط اولاً عند أبي يوسف ليس بشرط فكذا انما هو وعند محمد بشرط فكذا انما هو وأما فيما لا يقسم فمحمد أيضاً يجوز ويعتبر كالهبة والصدقة

قال المصنف (وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره) أقول يجوز أن يكون المراد بالصحة الصحة المستقرة بقرينة الاطلاق فان ما هو على شرف الزوال كأنه ليس بوجوده بقرينة النسخة الاخرى فان الاستحقاق بعد الصحة المستقرة فيكون ذلك قول أبي حنيفة أيضاً فليتام (قوله سلما ان الصحة ههنا بمعنى الزوم) أقول فيه تأمل اذ حينئذ يشكك امر الاستثناء بقوله الا ان يحكم به حاكم كالا يخفى (قوله وذلك يمنع عن الخروج للمحالة) أقول لاسم ذلك فانه يجوز أن يكون المعروف هو المعنى المصدرى أعني احداث الوقف وانشاءه أو يكون المعروف هو حقيقة الوقف بدون مخالطة امر آخر من حكم الحاكم فليتام (قوله وعن الثاني بان خروج الملك الخ) أقول فيه بحث فانهم عرفوا الملك بالقدرة على التصرف في المحل شرعاً فلو صح ما ذكره لا تنقض تعريف الملك ويجوز أن يجاب بملاحظة قوله بتولية الشرع بان راد بالقدرة الاصلية لا القدرة المستفادة كقدرة الوكيل بالبيع وشحونه

المنفعة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة أيضا عند أبي يوسف لان بقاء  
الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهايأة فيهما في غاية القبح بأن يقبر فيه المولى سنة ويرزق سنة ويصلى  
فيه في وقت ويتخذ اصطبلًا في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل  
ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن

لا يشترط قبض المتولى فلا يشترط ما هو من تمامه فمن أخذ بقول أبي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم  
مشايخ بل أخذ بقوله في هذه ومن أخذ بقول محمد في تلك وهم مشايخ بخاري أخذ بقوله في وقف المشاع  
وأما الحاق محمد درجة الله بالهبة والصدقة (المنفعة) أي المنجزة في الحال فانه لا تكون مشاعا فكذا  
الصدقة المستمرة ففرق أبو يوسف بان اشتراط القبض في تلك لما فيها من التملك للغير وأما الوقف  
فليس فيه تملك من الغير حتى يشترط قبضه وانما هو اسقاط الملك بلا عليك فلا يراد العتق والطلاق فلا  
موجب لاشتراط القسمة فيه والحاصل ان المشاع اما أن يحتمل القسمة أو لا يحتملها ففما يحتملها  
أجاز أبو يوسف وقفه الا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ومنعه محمد درجة الله مطلقا وفيما لا يحتملها  
اتفقوا على اجازة وقفه الا المسجد والمقبرة فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا أي  
سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها والخلاف مبني على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما  
لم يشترطه أبو يوسف أجاز وقفه ولما شرطه محمد منعه لان الشيوع وان لم يمنع من التسليم والقبض  
الآتري أن الشائع كان مقبوضا للمالك قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد درجة الله  
تعالى عند امكن تمام القبض وذلك فيما يحتمل القسمة فانه يمكن أن يقسم أولا ثم يقفه وانما أسقط  
اعتبار تمام القبض عند عدم الامكان وذلك فيما لا يحتملها لانه لو قسم قبل الوقف فأتى الانتفاع كالبيت  
الصغير والحمام فاكتفى بتحقيق التسليم في الجملة وانما اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا ومقبرة  
لان الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى ولان جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة لانه يحتاج فيه  
الى التباين والتباين فيه يؤدي الى أمر مستقيم وهو أن يكون المدين مسجدا سنة واصطبلًا للدواب سنة  
ومقبرة عام ومزرعة عامًا وميضًا عامًا وأما النباش فليس يلزم من المهايأة بل ليس للشريك ذلك ثم فيما  
يحتمل القسمة اذا قضى القاضي بحسبه وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند أبي حنيفة ويتباينون  
وعندهما يقسم وأجمعوا ان الكل لو كان وقفًا على الارباب وأرادوا القسمة لا تجوز وكذا التباين وعليه  
فرع ما لو وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو ولده ونسله ما تناسلوا فاذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين  
فان هذا الوقف جائز على هذا الشرط واذا انقرضوا تكرر وتوضع غلتها للمساكين وليس لاحد من  
الموقوف عليهم السكنى أن يكرهوا ولو زادت على قدر حاجة سكناء نعم له الاعارة لا غير ولو كثر أولاد هذا  
الواقف ولولده ونسله حتى ضاقت عليهم الدار ليس لهم الاسكناء تنقسط على عددهم ولو كانوا ذكورًا  
واناثًا وان كان فيها حجر ومقاصير كان للذكر ان يسكنوا ونساءهم معهم وللاناث أن تسكن أزواجهن  
معهن وان لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن تقسم بينهم ولا يقع فيها مأوى انما سكناء لمن جعل له الواقف ذلك  
للغيرهم ومن هذا يعرف ان لو سكن بعضهم فلم يجد الاخر موضعًا يكفيه لا يستوجب أجرة حصته على  
السكن بل ان أحب أن يسكن معه في بقعة من تلك الدار بلا زوجة أو زوج ان كان لأحدهم ذلك  
والا ترك المتضيق وخرج أو جلسوا معًا كل في بقعة الى جنب الاخر والاصل المذكور في الشروح  
والقرع في أوقاف الخصاص ولم يخالفه أحد فيما علمت وكيف يخالف وقد نفوا الجاعهم على الاصل  
المذكور ولو اقتسموا أعيان الواقف للمشاع وشربك على القول بلزوم القسمة بعد القضاء وقبله على قول  
أبي يوسف فوقع نصيب الواقف في محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه أن يقفه ثانياً (قوله)  
ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه (يعني شائعاً) (بطل الوقف عند محمد درجة الله) لان بالاستحقاق

المنفعة أي الصدقة الخاصة  
المسجلة الى الفقير وهو  
احتراز عن الصدقة الموقوفة  
وهي فيما نحن فيه (قوله الا  
في المسجد والمقبرة) استثناء  
من قوله ووقف المشاع جائز  
عند أبي يوسف فانه لا يتم  
مع الشيوع فيما لا يحتمل  
القسمة بان كان الموضع  
صغيرا الا يصلح لما اراده  
الواقف من اتخاذ المسجد  
والمقبرة على تقدير القسمة  
والحاصل ان جعل المسجد  
والمقبرة في المشاع الذي  
لا يحتمل القسمة لا يجوز  
أصلاً لا قبل القسمة وهو  
حال كونه مشاعاً ولا بعدها  
أما قبلها فان بقاء الشركة  
يمنع الخلوص على ما سيجيء  
وأما بعدها فلان فرض  
المسئلة فيما اذا كان الموضع  
غير صالح لذلك لصغره فبقي  
أن يكون بطريق المهايأة  
والمهايأة فيهما في غاية القبح  
الخ ما ذكره في الكتاب  
وهو ظاهر

قال (ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع مثل أن يقول على وكذا كذا ثم على فقراء المسلمين حيثما وجدوا مثلاً وقال أبو يوسف إذا سمي جهة تنقطع مثل أن يقف على أولاده أو على أمهات أولاده جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم لهم أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك يعني لا إلى مالك وكل ما كان زوال الملك بدون التملك فإنه يتأبد كالعتق فوجب الوقف يتأبد وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه أي على الوقف مقتضاه (٤٧) ولهذا كان التوقيت مبطلاله لأنه يتأبد في موجبه

كالنوقت في البيع قبل في كلام المصنف رحمه الله تناقض على قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه ذكر في أول كتاب الوقف أن الوقف عنده حبس العين على مالك الواقف فكان موجب عدم زوال الملك عن الواقف ثم قال هنا موجب زوال الملك وأجيب بأن هذا قول محمد ورواية عن أبي حنيفة والمذكور في أول الكتاب هو قول أبي حنيفة في رواية عنه أخرى فيكون عنه في المسئلة روايتان وقيل أراد ههنا ما إذا حكم الحاكم بجهة الوقف ولزومه فحينئذ يخرج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا وفق وأقول هذا ليس بمناسب لما تقدم من قول المصنف يجب أن يكون قولهم على الوجه الذي سبق تقريره ولا يبي يوسف أن المقصود من الوقف هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه فيما إذا جعل على جهة تنقطع لأن التقرب إلى الله تعالى تارة في الصرف إلى جهة تنقطع وأخرى إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين

كأبي الهبة بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهبه أو أوقفه وفي مرضه في المال ضيق لأن الشيوخ في ذلك طارئ ولو استحق جزء معين بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبداً وقال أبو يوسف إذا سمي فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم إلهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه يتأبد كالعتق فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلاله كالنوقت في البيع ولا يبي يوسف أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه لأن التقرب تارة يكون في الصرف إلى جهة تنقطع ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين

ظهران الشيوخ كان مقدار الوقف (كأبي الهبة) إذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا بخلاف ما لو وهب الكل (ثم رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض) الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثالث فإنه لا يبطل الباقي لأن الشيوع طار وإذا بطل الوقف في الباقي رجع إلى الواقف لو كان حيا وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف أن يبيع ذلك ويشتري بثمنه ما يجعله وقفاً (ولو كان المستحق جزءاً بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع) فلهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط (وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة) لو استحق منها جزء مشاع بطلت ولو استحق معين لا تبطل ولو كانت الأرض بين رجلين فوقفها على بعض الوجوه ودفعها إلى وال يقوم عليها كان ذلك جائزاً عند محمد لأن المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به ولا شيوع هنا لأن الكل صدقة غاية الأمر أن ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجد جلة واحدة فهو كالتصدق في رجل واحد وسواء بخلاف ما لو وقف كل منهم ما نصفها شاعاً على حدة وجعل لها والياً على حدة لا يجوز لأن ما صدقتان فإن كلا منهما تصدق بنصيبه بعقده على حدة ألا ترى أنه جعل لنصيبه والياً على حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة أيضاً لا يجوز حتى لو تصدق بنصفها مشاعاً على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك لأن قبض كل منهما لا في جزأ شاعاً فكذلك قبض الواليين هنا ولو وقف كل منهم ما نصيبه وجعل الوالي واحداً فاسلمها إليه جميعاً جاز لأن تمامها بالقبض والقبض مجتمع (قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً) كالساكنين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه (وقال أبو يوسف إذا سمي جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم) هذا كلام القدوري وهذا كما ترى لا يناسب استدلال المصنف على أبي يوسف بقوله (إن موجب الوقف) يعني بعد التسليم إلى المتولى عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند أبي حنيفة (زوال الملك بلا تملك) وزواله يتأبد بعقده وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه (ولهذا كان التوقيت مبطلاله) كالموقوف عشرين سنة لا يصح اتفاقاً لأنه إنما يلزمه لو قال يجوز انقطاعه وعوده إلى الواقف بعد انقطاع تلك الجهة أو إلى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال إذا

قال المصنف (إلهما أن موجب الوقف زوال الملك) أقول أنت خبير بأن هذا لا يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وجوابه المذكور في الشروح (قوله وقيل أراد ههنا ما إذا حكم الحاكم بجهة الوقف ولزومه إلى آخره) أقول فيه أنه إذا حكم الحاكم بجهة الوقف ولزومه فيما إذا سمي جهة تنقطع ينبغي أن يتم الوقف لمصادفة حكمه محللاً بجهته فليست أم قال المصنف (ولا يبي يوسف رحمه الله تعالى عليه) أقول تأخير دليل أبي يوسف يدل على أن قوله هو المختار

وقيل ان التأييد شرط بالاجماع الا ان عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأييد لان لفظة الوقف والصدقة منبثقة عنه لما بيناه ازالة الملك بدون التملك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها الفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأييد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون موقفا وقد يكون مؤبدا فطلقه لا ينصرف الى التأييد فلا بد من التنصيص قال (ويجوز وقف العقار)

انقطعت صار للفقراء ثم نقل القدوري انما هو على ما ذكره المصنف ثابتا عنه من التأييد حيث قال (وقيل ان التأييد شرط بالاجماع الا ان أبي يوسف لا يشترط ذكر التأييد لان لفظة الوقف والصدقة منبثقة عنه لما بيناه ازالة الملك كالعتق) وعندهما يشترط قال المصنف (وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأييد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة) ان كان وقف للسكنى (أو بالغلة) ان لم يكن ذكر السكنى (وقد يكون ذلك مؤبدا وقد يكون غير مؤبد فطلقه لا ينصرف الى المؤبد) بعينه (فلا بد من التنصيص) عليه فكان الاولى أن يولى هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذكر الرواية الاخرى ويذكر دليلهما الاول فالوجه الاول فانما يناسب الرواية عن أبي يوسف بانه بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك الواقف أو ذريته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عند أبي يوسف فنما في المبسوط فيما اذا تصدق على أمهات أو ولاده في حياته وجعل لهن السكنى بعد وفاته وأى امرأة تزوجت منهن أو خرجت منتقلة الى غيره فلا حق لهن في السكنى ونصها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبارا للسكنى بالغلة وهذا الشرط يصح منه لهن في الغلة الى ان قال وان لم يخرج من بقي منهن كان ميراثا على فرائض الله تعالى عند أبي يوسف لما بيناه بتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأييد واشترط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا بقوت موجب العقد عنده فاما عند محمد درجه الله التأييد شرط واشترط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون بطلا للوقف الا أن يجعل ذلك وصية عند موته فيجوز كالوصية لمعلوم يسكن داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز أن يلزم ويعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى له ومن ذلك ما نقل للناطني في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن أبي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى واذا عرف عن أبي يوسف جواز عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لانه لا فرق أصلا ومنهما ما ذكر في البرامكة قال أبو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم بصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فصل عنه روايتان وأما الشرط الذي تقدم وهو قوله من تزوجت أو خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصحيح فلو طلقها زوجها أو مات أو عادت بعد ما انتقلت لا يرجع لهما ما كان لهما في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاتها بأحد هذه الصفات فلا يعود الا أن ينص على ذلك فيقول فان عادت أو فارقت عاذا ما كان لهما (قوله ويجوز وقف العقار) وهو الارض مبنية كانت أو غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعاً فيكون وقفاً معها وفي دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخلاصة وفي فتاوى قاضيان تدخل الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استحسانا لان الارض لا توقف الا للاستغلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كافي الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤول كل أولاً كالورد والراحين ولو قال وقفها بحقوقها جميع ما فيها ومنها قال هلال لا تدخل في الوقف أيضاً ولكن في الاستحسان يلزم التصديق به على وجه النذر لانه لما قال صدقة موقوفة بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصديق ولا تدخل الزروع كلها الا ما كان له أصل لا يقطع في سنة والحاصل ان كل شجر يقطع في سنة فهو للواقف وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الارض أصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدر وملق سرقينه

وعلى هذا وانقطعتم الجهة عاد الوقف الى ملكه ان كان حيا والى ملك ورثته ان كان ميتا ولقاتل أن يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن أبي يوسف لانه قال وصار بعدها الفقراء وان لم يسمهم وذلك يدل على أن التأييد شرط والجواب أن المسروى عن أبي يوسف أمران أحدهما أنه لا يشترط التأييد أصلا والثاني أنه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف أشار الى القول الاول بالتعليل والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل ان التأييد شرط بالاجماع الخ وفي كلامه تعقيدا للحالة وقوله (وهذا على الارسال) أي ما ذكره القدوري

(قوله والجواب ان المسروى الخ) أقول هذا مما يعمهم في كثير من المواضع

لأن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) قال رضى الله عنه وهذا على الإرسال قول أبي حنيفة (وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة ببقرها أو كرتها وهم عبيده جاز) وكذا سائر آلات الحراثة لأنه تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود وقد ثبت من الحكم تبعاً لما لا يثبت مقصوداً كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لأنه لما جازأفراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعاً أولى

ورماده ولا يدخل مسيل ماء في أرض مملوكة أو طريق وقوله (لأن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين وقفوه) قدمنا ذكر جماعة من رجال الصحابة ونسائهم وقفوا وأسانيدهم كورة في وقف الخصاص ومنهم ما تقدم من وقف عمر رضى الله عنه أرضه بنخ وأخر جبراهيم الحارثي في كتابه غريب الحديث حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن أبيه أن الزبير بن العوام رضى الله عنه وقف داراً لله على المردودة من بناته قال والمردودة هي المطلق والفاقدة التي مات زوجها وفي البخاري وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضاً وجعلها لابن السبيل صدقة وأخر جالحاكم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الأرقم المخزومي أنه كان يقول أنا ابن سبع الأسلام أسلم أبي سبع سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الإسلام وفيها دعا الناس إلى الإسلام فأسلم فيها خلق كثير منهم عمر بن الخطاب رضى الله عنه فسميت دار الإسلام وتصدق بها الأرقم على ولده وذكر أن نسخة صدقة بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الأرقم إلى أن قال لا تباع ولا تورث وفي الخلافات للبيهقي قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الجهمي تصدق أبو بكر رضى الله عنه بداره عكة على ولده فهي إلى اليوم وتصدق عمر بربعه وتصدق سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه بداره بالمدينة و بداره عصر على ولده فذلك إلى اليوم وعثمان رضى الله عنه برومة فهي إلى اليوم وعمر بن العاص بالوط من الطائف وداره عكة والمدينة على ولده فذلك إلى اليوم قال ومالا يحضر في كثير وهذا كله مما يستدل به على أبي حنيفة في عدم إجازته الوقف **فرع** إذا كنت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وإن لم تحدد استغناء لشهرتها عن تحديدها **فرع آخر** وقف عقار على مسجد أو مدرسة هباً مكاناً للبناء ثم قبل أن بينهم المختلف المتأخرون والصحيح الجواز وتصرف غلته إلى الفقراء إلى أن تبقى فإذا بنيت ردت إليها الغلة أخذ من الوقف على أولاد فلان ولأولاده حكموا بصحته وتصرف غلته للفقراء إلى أن يولد لفلان (قوله) ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول كذا قال القدوري قال المصنف رحمه الله (وهذا على الإرسال) أي على الإطلاق (قول أبي حنيفة رحمه الله) ثم قال القدوري (وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز) وكذا آلات الحراثة إذا كانت تبعاً للأرض يجوز (لأنها تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود) منها (وقد ثبت من الحكم تبعاً لما لا يثبت مقصوداً ك) بيع الشرب والطريق لا يجوز مقصوداً ويجوز تبعاً وهذا كثير مستغن عن العبد ولو مرض بعضهم فتعطل عن العمل إن كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف وصرح بها فهي في مال الوقف والألفظة لهم وإن لم يصرح به في مال الوقف فللقيم أن يبيع من عجز ويشتري بثمنه آخر يعمل كالأوقاف فأخذ دينه عليه أن يشتري بها آخر ولو جنى أحدهم جناة فعلى القيم أن يتظر فإن كان الأصل دفع هذا العبد بالجناية دفعه أو فداءه فداه من مال الوقف وإذا فداءه بقدرية تزيد على أرض الجناية فهو متطوع بالزيادة وليس لاهل الوقف من الدفع والفداء شيء فإن فدوه كانوا متطوعين (ومحمد مع أبي يوسف فيه) يعني فلا معنى لأفراد أبي يوسف (لأنه لما جازأفراد بعض المنقول بالوقف عنده) أي عند محمد رحمه الله فتجوز تبعاً للعقار أو لوضمه لأنه للشان أمال الوقف ضيعة فيها بقر وعبيده ولم يذكرهم فإنه لا يدخل شيء

من قوله (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) على الإطلاق مقصوداً أو تبعاً كراعاً أو غيره تعاملاً وفيه أولاً قول أبي حنيفة والأكره جمع أكر وهو الزراع كأنها جمع أكرت قدراً وقوله (والبناء في الوقف) أي في وقف الأرض التي عليها ذلك البناء كوقف الخانات والرباطات وقوله (لأنه لما جازأفراد بعض المنقول) يعني من غير أن يجعل تبعاً لشيء كافي المتعارف مثل الفأس والقدم والمرجل (عنده) أي عند محمد (فلان يجوز الوقف) أي وقف المنقول (تبعاً أولى) والمراد بالكرع هباً أو الخيل المناسبة ذكراً للسلح

قال المصنف (والبناء في الوقف) أقول فيه نوع مصادرة لأن البناء مما ينقل تأمل في جوابه فإن تبعية البناء أقوى قال المصنف (فلان يجوز الوقف فيه تبعاً أولى) أقول هذا فيما فيه تعامل مسلم وأما ما طلقاً فلا

تدبر

(وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح) ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس أن لا يجوز لما ينه من قبل وجه الاستحسان إلا نار المشورة فيه منها قوله عليه الصلاة والسلام وأما خالدة - مدح حبس أدراعها وافرأه في سبيل الله تعالى وطلمة حبس دروعه في سبيل الله تعالى وروى أكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الأبل لأن العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالقاس والمز والقدوم والمنشار والخنزارة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند أبي يوسف لا يجوز لأن القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه

من الآلات والبقر والعبيد في الوقف قال المصنف (وقال محمد يجوز حبس الكراع) وهي الخيل (والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه) أيضا في ذلك (على ما قالوا وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لما ينه من قبل) من شرط التأيد والمنقول لا يتأيد (وجه الاستحسان إلا نار المشورة فيه) أي في الكراع والسلاح منها قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين عن أبي هريرة بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب على الهدايا فخرج ابن جيل وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينقم ابن جيل الآن كان فقيرا فاعناه الله وأما خالدة فأنكم تظلمون خالدة وقد احتبس أدراعها وأعتدته في سبيل الله وأما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي على ومثلها ثم قال أما شعرت أن عم الرجل صنأه وأما ما ذكر المصنف من أن طلمة حبس دروعه وفي رواية أدراعها وأعتدته فلم يعرف وكذا لم يعرف جمعه على كراع لأن فعلا لا يجمع على أفعال بل على أفعل كعقاب وأعقب وانما ذكره في الصحاح صبغي جمع قال فالجمع أكرع ثم أكرع الآن الطبراني أخرجه عن ابن المبارك حدثنا جاد بن زيد عن عبيد الله بن المختار عن عاصم بن بهدلة عن أبي وائل قال لما حضرت خالد بن الوليد الوفاة قال لقد طلبت القتل فلم يقدر لي إلا أن أموت على فراشي ومامن عمل أرى عندي من لا اله إلا الله وأنا مترس ثم قال إذا أنا مت فأنظر واسلحي وفرسي فأجعلوه عدة في سبيل الله وذكري هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال فيه مامن عمل أرى عندي بعدد الله إلا الله من ليلة بئها وأنا مترس والسماء تهمني تنظر الصبح حتى تغير على الكفار وإذا عرف هذا فالأبل تدخل في حكمه بالدلالة

لأن العرب يغزون عليها مع أنه روى أن أم معقل جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله وإني أريد الحج فأركبه فقال صلى الله عليه وسلم أركبه فان الحج والعمرة من سبيل الله والخاص أن وقف المنقول تبعا للعقار يجوز وأما وقفه مقصودا إن كان كراعاً أو سلاحاً جاز وفيما سوي ذلك إن كان مما يجر التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا وإن كان متعارفاً كالجنازة والقاس والقدوم وثياب الجنازة وما يحتاج إليه من الأواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف قال أبو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز واليه ذهب عامة المشايخ منهم الإمام السرخسي كذا في الخلاصة وفي الفتاوى قاضيان وقف بناء بدون أرض قال هلال لا يجوز انتهى لكن في الخصاص ما يفيد أن الأرض إذا كانت متفرقة لا احتسار جاز قاله في رجل وقف بناء دار له دون الأرض أنه لا يجوز قيل له فما تقول في حوائت السوق إن وقف رجل حائوتها قال إن كان الأرض إجارة في أيدي القوم الذين بنوها لا يخرجهم السلطان عنها قالوا وقف جائز لأننا في أيدي أصحاب البناء يتوارثونها وتقسيم بينهم لا يتعرض لهم السلطان ولا يزعجهم عنها وانما له أخذها وتداولها الخلفاء ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم يتبايعونها ويؤاخرونها وتجوز فيها أوصاهاهم ويهدمون بناءها وينشئون غيره فأفاد أن ما كان مثل ذلك جاز وقف البناء فيه والأفلا وذكري موضع آخر في فتاوى قاضيان ذابني فنطرة للمسلمين جاز ولا يكون بناؤها ميسرا ثم ذكر أنه انما خاص

وقوله (لما ينه من قبل)  
يعني ما حرمان من شرطه  
التأيد والتأيد لا يتحقق  
في المنقول والمراجل  
قدور النحاس

(قوله يعني ما حرمان من  
شرطه التأيد والتأيد  
لا يتحقق في المنقول) أقول  
وفيه تأمل كتب وجهه في  
الجواب عن دليل الشافعي  
على ما يجيء

وقوله (الحاقا لها بالمصاحف) يعني أن وقف المصاحف صحيح فكذلك الكتب ذكر في فتاوى فاضلخان اختلاف المشايخ في وقف الكتب جوزه الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى وقوله (كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله) احتراز عن الدراهم والدنانير فإن الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير لأجله وهو الثمنية لا يمكن به مع بقاء أصله في ملكه (٥١) وقوله (ويجوز بيعه) احتراز عن حمل الناقصة

والجارية فإنه لا يجوز بيعه فكذا وقفه عنده أيضا ولنا أن الوقف في المنقول لا يتأبد وهو ظاهر وما لا يتأبد لا يجوز وقفه لأن التأبد لا بد منه على ما بيناه فصارت المنقولات كالدرهم والدنانير وقوله (بخلاف العقار) جواب عن اعتبارها بالعقار وقوله (ولا معارض من حيث السمع) جواب عن قوله فأشبه الكراع والسلاح ووجهه أن الأصل أن لا يجوز وقف الكراع والسلاح أيضا كالدرهم إلا أنا تركناه بمعارض راجع من حيث السمع وقوله (ولا من حيث التعامل) جواب عما قيل ترك الأصل في الكراع والسلاح بمعارض من حيث السمع وهو ليس بوجوده في المراحل والقدر وغيرهما فلنكن صورة النزاع مقيسة على ذلك ووجهه أن لهما معارضا من حيث التعامل وليس بوجوده في صورة النزاع كالعبيد والأطباء والنياب والبط و أمثالها ففي على أصل القياس وقوله (وهذا) استظهار على أن الحاق غير العقار والكراع والسلاح

ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الأشياء وعن نصير بن يحيى أنه وقف كنية الحاقا لها بالمصاحف وهذا صحيح لأن كل واحد يسلك الدارين تعليما وتعلما وقراءة وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه وقال الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لأنه يمكن الانتفاع به فأشبه العقار والكراع والسلاح ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدرهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقى على أصل القياس وهذا لأن العقار يتأبد وبالجهاد سناسم الدين فكان معنى القرية فيه ما أقوى فلا يكون غيرهما في معناهما

البناء بذلك لأن العادة أن تتخذ على جنبتي النهر العام وذلك غير ملوك ثم قال وهذه المسئلة دليل على جواز وقف البناء بدون الأصل ثم نقل عن الأصل أن وقف البناء بدون أصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف البناء في أرض هي عارية أو اجارة وإن كانت ملكا لواقف البناء ما عند البعض وعن محمد إذا كان البناء في أرض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الأرض وقفا عليها ذكر الكل في الفتاوى وأطلق الاجارة بمعارض قول الخصاف في أرض الحكور اللهم إلا أن يجعل تخصصها بسبب أنها صارت كالأملاك على ما ذكره ومعه وفي الخلاصة إذا وقف مصفا على أهل المسجد لقراءة القرآن أن كانوا يحصون جاز وإن وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد وفي موضع آخر ولا يكون مقصورا على هذا المسجد وأما وقف الكتب فكان محمد بن مسلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه أبو جعفر يجيزه وبه تأخذ وجه قول أبي يوسف أن القياس بأباه والنص ورد في الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه (ومحمد رحمه الله يقول القياس ينزل بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الأشياء) وعلى قول محمد أكثر فقهاء الأمصار وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا) وقال الشافعي رحمه الله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه وهذا قول مالك وأحمد أيضا وأما وقف ما لا ينتفع به إلا بالتلاف كالذهب والفضة والمأ كوال مشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بجلي وأما الخلي فيبصره وقفه عند أحمد والشافعي لأن حقه رضي الله عنها ابتاعت حاييا بعشرين ألفا فحسبته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته وعن أحمد لا يصح وقفه وأنكر الحديث ذكره ابن قدامة في الغنى وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع وعارضة المصنف بأن حكم الوقف الشرعي التأبد ولا يتأبد غير العقار غير أنه ترك في الجهاد لأنه سناسم الدين فكان معنى القرية فيه ما أقوى فلا يلزم من شرعية الوقف فيها مشروعية فيما هو دونها ولا يلحق دلالة أيضا لأنه ليس في معناهما وإذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما رأوا من جريان التعامل فيها في الخلاصة وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها أو سمنها يعطى لأبناء السبيل قال إن كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون جائزا وعن الانصاري وكان من أصحاب زفر فبين وقف الدراهم والطمام وما يكال أو ما يوزن لا يجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال يدفع الدراهم مضاربة ثم تصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة قال فعلى هذا القياس إذا وقف هذا الكثر من الخنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بد لهم ليزعوه لأنفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا

به ما غير جائز لأن غيرهما اقوتهم ما ليس في معناهما ولم يذكر التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل أقوى من القياس فجاز أن يترك به قال المصنف (ولا بد منه على ما بيناه) أقول اللازم من الدليل هو تأبد الوقف مدة بقاء الموقوف وذلك موجود في محل النزاع أيضا فلنأمل

قال (واذا صح الوقف لم يجز بيعه) أي إذا لم (٥٣) الوقف لم يجز بيعه ولا تملكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك

القسمه فتصح مقاسمته  
فقوله إلا أن يكون مشاعا  
استثناء من قوله لم يجز بيعه  
وهو منقطع أو متصل لأن  
معنى المبادلة في قسمه  
العقار راجع بغيره لكانه  
بيع اتساعا أما امتناع  
التمليك فلما ينبغي ما روى  
من قوله صلى الله عليه  
وسلم تصدق بأصلها  
لاتباع ولا توهب وما ذكره  
من المعنى بقوله ولأن  
الحاجة ماسة الخ وقوله  
(وأما جواز القسمه)  
فظاهر وقوله (فهو الذي  
يقاسم) أي الواقف هو  
الذي يقاسم شريكه  
لا القاضي وقوله (خالص)  
صفة عقار أي لو كان له  
عقار مائة ذراع وهو خالص  
له لا شركة لغيره فيه  
فوقف منه خمسة ذراعا  
وجب أن يكون القاسم  
هنا غير الواقف لئلا يلزم  
أن يكون الشخص الواحد  
مطالب ومطالبان مقاسم  
النصف الذي هو الوقف  
مطالب من مالك النصف  
الذي هو غير وقف ومالك  
النصف مطالب وهو  
الواقف بعينه المقاسم  
لنصف الوقف فكان  
مطالباً ومطالباً وهو  
لا يجوز فرفع أمره إلى  
القاضي ليقاسمه

(قوله استثناء من قوله لم

يجز بيعه الخ) أقول بل من قوله ولا تملكه كما يدل عليه أول كلام المصنف نعم يفهم من آخره كونه استثناء

بان

من المجموع والأم سهل

قال (واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تملكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمه فتصح مقاسمته) أما امتناع التملك فلما ينبغي ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصلها لاتباع ولا توهب وما ذكره من المعنى بقوله ولأن الحاجة ماسة الخ وقوله (وأما جواز القسمه) فظاهر وقوله (فهو الذي يقاسم) أي الواقف هو الذي يقاسم شريكه لا القاضي وقوله (خالص) صفة عقار أي لو كان له عقار مائة ذراع وهو خالص له لا شركة لغيره فيه فوقف منه خمسة ذراعا

السبيل يجب أن يكون جائزا قال ومثل هذا كثير في الري وناحية دنباوند والأكسية واسترة الموقى إذا وقف صدقة أجازت دفع الأكسية للفقراء فينتفعون بها في أوقات لبسها ولو وقف ثورا لآثره بقرهم لا يصح ثم إذا عرف جواز وقف الفرس والجمل في سبيل الله فلو وقفه على أن يمسكه مادام حيا أن أمسكه للجهاد جاز له ذلك لأنه لو لم يشترط كان له ذلك لأن الجمل فرس السبيل أن يجاهد عليه وإن أراد أن ينتفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل يعني يبطل الشرط ويصح وقفه ولا يؤثر فرس السبيل إلا إذا احتج إلى نفقته فيؤاجر بقدر ما يفتق عليه قال في الخلاصة وهذه دلائل على أن المسجد إذا احتاج إلى نفقة يؤاجر قطعة منه بقدر ما يفتق عليه اهـ وهذا عند غير صحيح لأنه ود إلى الفج الذي لا جله استثنى أبو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو أن يتخذ مسجدا يبنى فيه عامدا واطمئنا بربطه الدواب عاما ولو قيل أنما يؤاجر لغير ذلك فنقول غاية ما يكون للسكنى ويستلزم جواز الجماعه فيه وإقامة الخاقض والجنب فيه ولو قيل لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤجر له فيه تغيير أحكامه الشرعية ولا شك أن باحتياجه إلى النفقة لا تغيير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن أن يكون مسجدا نعم أن خرب ما حوله واستغنى عنه فحينئذ لا يصير مسجدا عند محمد خلافا لأبي يوسف وأما إذا لم يكن كذلك فوجب عمارته من بيت المال لأنه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة أيضا يجوز وقف الغلمان والجوارى على مصالح الرباط وإذا زوج السلطان أو القاضي جارية الوقف يجوز ولوزوج عبد الوقف لا يجوز والفرق ظاهر وهو أن الأول اكتسابا للوقف دون الثاني ولهذا الزوج أمة الوقف من عبد الوقف لا يجوز ومن فروع وقف المنقول وقف دار فيه اجسامات يخرج من رجوع يدخل في وقفه الجسامات الأصلية قال الفقيه هو كوقف الضيعة مع الثيران وسئل أبو بكر عن وقف شجرة بأصلها والشجرة مما ينتفع بأوراقها وثمرها قال الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا يقطع أصلها إذا انفسد أغصانها فإن لم ينتفع بأوراقها وثمرها فانه ما قطع ويصرف ثمنها إلى سبيله فإن نبت ثانيا ولا أغرس مكانها وسئل أبو القاسم الصفار عن شجرة وقف بيس بعضها وبقي بعضها فقال ما ليس منها فسيله سبيل غلته أو ما بقي متروك على حالها (قوله وإذا صح الوقف) أي لزم وهذا يؤيد ما قدمناه في قول القدوري وإذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ثم قوله (لم يجز بيعه ولا تملكه) هو باجماع الفقهاء (الأن يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمه عند أبي يوسف فتصح مقاسمته) أما امتناع التملك فلما ينبغي ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصلها لاتباع ولا توهب ومن المعنى وهو أن الحاجة ماسة إلى آخره ولأنه بالزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا يمكن من البيع (وأما جواز القسمه) أي عندهما فإن على قول أبي حنيفة لا يجوز وإن قضى القاضي بعهدة وقف المشاع لأنها مبادلة ومعنى المبادلة هو الرجوع في غير المثلثات (فلانها تميز) معنى (وأما غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الأفران نظرا للوقف فلم تكن يباع وتملك ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية للواقف) عند أبي يوسف ووقف المشاع إنما يجوز على قوله (و) لو طلب الشريك القسمه (بعد موته) فالقسمه (إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له) فالقسمه طريقان أحدهما أن (يقاسمه القاضي)

أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم أن أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وأن أعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء قال (والواجب أن يتقدم من ارتفاع الوقف بمعارته شرط ذلك الواقف أو لم يشتط) لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا يتيق دائما إلا بالمعارة فيثبت شرط المعارة اقتضاء

أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة فضل دراهم بأن كان أحد النصيبين أجود فدعت الضرورة إلى إدخال الدراهم في القسمة أو تراضيا على ذلك فإن أدخل الدراهم في القسمة لا يجوز إلا بضرورة أو بالتراضي على ماسية في كتاب القسمة إن شاء الله تعالى فلا يخلو إما أن يكون الواقف يأخذ الدراهم أو يعطيها فإن كان الأول لم يجز لأنه يعطى عقابلة الدراهم شيئا من الوقف وبيع الوقف لا يجوز وإن كان الثاني جاز لأنه حينئذ يشتري شيئا بعقابلة الدراهم ويقتنه وهو جائز

بأن يرفع الأمر إليه ويطلب منه القسمة فيما مر رجلا أن يقاسمه (الثاني أن يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه) إن أحب وهذا (لأن الواحد لا يصلح أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم) بأن كان أحد النصفين أجود من الآخر فجعل بازا الجوده دراهم فإن كان إلا أخذ الدراهم هو الواقف بأن كان النصف الذي هو غير الوقف هو الأحسن لا يجوز لأنه يصير بائعا بعض الوقف وبيع الوقف لا يجوز وإن كان إلا أخذ شريكه بأن كان النصف الوقف أحسن جاز لأن الواقف مشتري لأتبع فكأنه اشتري بعض نصيب شريكه فوققه فقول (أن أعطى الواقف لا يجوز) يصح على بناءه للفعل ورفع الواقف ويصح على بناءه للفاعل ونصب الواقف لأن المعنى فيه حاله أخذ الدراهم واعلم أن عدم جواز البيع في غير القسمة فيما إذا كان قائما عامرا أما إذا تم ولم يحصل له يعمر به فيجوز لأنه يرجع إلى ملك الواقف إن كان حيا وإلى ورثته إن كان ميتا وقال الصدر الشهيد في جنس هذه المسائل نظريته لأن الوقف بعد ما خرج إلى الله تعالى لا يعود إلى ملك الواقف وأنت تعلم أن قول محمد بن جوعه إلى ملك الواقف أولى من قوله في المسجد لأن خلوصه لله تعالى أقوى من غيره من الأوقاف ولأن ذلك بشرط الفائدة وقد تحقق انتفاؤها إذا لم يكن له ربيع يعاديه ولا يوجد من يستأجره فيعمره ومن ذلك حافوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر البتة وحوض محلة خرب وصار بحيث لا تمكن عمارة فهو للواقف ولورثته فإن كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطعة كذا في الخلاصة زاد في فتاوى الخاص إذا كان كالقطعة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه وعلى هذا قائما يصير لبيت المال إذا عرف الواقف وعرف موته وانقراض عقبه وروى عن محمد إذا ضعفت الأرض عن الاستغلال ويجدد القسم بثمنها أخرى هي أكثر ريعا كان له أن يبيعها أو يشتري بثمنها ما هو أكثر ريعا وأما قول طائفة من المشايخ فيما إذا خاف المتولي على الوقف من وراثته أو سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعها ويتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف شيئا من ذلك قالوا الفتوى على خلافه لأن الوقف بعد ما أصبح بشرائطه لا يحتمل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر في شجرة جوز وقف في دار وقف خربت الدار لا تباع الشجرة لمعارة الدار بل تنكرى الدار ويستعان بنفس الجوز على المعارة ثم إذا جاز بيع الأشجار الموقوفة لا يجوز قبل القطع بل بعده هكذا عن الفضلي في الأشجار المثمرة وفي غير المثمرة قال يجوز قبل القلع لأنها هي الغلة وبناء الوقف والنبات لا يجوز قبل الهدم والقلع كالمثمرة كذا قيل والوجه يقتضي إذا تعين البيع كونه قبل الهدم دفعًا لزيادة مؤنة الهدم الآن تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات أبي بكر بن حامد أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصره إذا استغنوا عنه (قوله والواجب أن يتقدم من ارتفاع الوقف بمعارته سواء شرط الواقف ذلك أو لم يشترط) لأن الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبدا وذلك (بصرف الغلة مؤبدا) ولا يمكن ذلك بلا معارة فكانت المعارة مشروطة اقتضاء ولهذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط أن يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج إليه لاداء العشر والخراج والبذر وازراق الولاية عليها والعملة وأجور الحراس والحصادين والدراسين لأن حصول منفعتهم في كل وقت لا يتحقق إلا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة قال شمس الأئمة وذلك وإن كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة

وقوله (لان الخراج بالضمان) هذا لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم ولا حرازه معاني جسة جري مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة ومعناه ههنا ان غلة الوقف لما كانت للوقوف عليهم لم كانت العمارة عليهم لم أيضا ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم أي لا يفوز المتولي بهم لعدم تعيينهم وعسرتهم وأقرب أموالهم إلى المتولي هذه الغلة فتجب فيها وقوله (ولو كان الوقف على رجل بعينه) ظاهر وقوله (ولا يؤخذ من الغلة) يعني حتما لانه قال فهو في ماله أي مال شاه وهذه الغلة أيضا من ماله فلا يلزم بذلك تناقض كلامه وقوله (ولو كان الزنف على الفقراء) يعني لا على رجل بعينه فكذلك عند البعض أي لا تصرف غلة الوقف إلى زيادة عمارة لم تكن في ابتداء الوقف بل تصرف إلى الفقراء وعند آخرين يجوز ذلك والاول وهو ان يكون البناء الثاني مثل الاول لازما وعليه أصح لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (وان وقف دارا على سكتي ولده) ظاهر

ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانما على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخر للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب بني على ذلك الوصف لانما بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه فأما الزيادة على ذلك فليست بمسحقة عليه والغلة مسحقة فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول أصح لان الصرف إلى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال (فان وقف دارا على سكتي ولده فالعمارة على من له سكتي) لان الخراج بالضمان على ما صرف صار كنفقة العبد الموصى بخدمته (فان امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجزاها الحاكم

فيذهب رأيه إلى قسمة جميع الغلة فاذا شرط ذلك في صك بقاء الامن بالشرط قال المصنف (ولان الخراج بالضمان) أي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والذاتة ونحو ذلك بقيام ذلك الشيء أي ليكون ذلك الشيء لو تلف تلف من ضمان المستغل وروى أبو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفراري عن ابن أبي ذئب عن محمد بن أبي خفاف عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى ان الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجده عبدا كان عند البائع فقضى انه يرد العبد على البائع بالعيب ويرجع بالنظر فيأخذ منه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت لانه كان ضامنا للعبد ولو مات من مال المشتري لانه في يده اه وهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه حين قضى بالغلة للبائع وهذا الحديث من جوامع الكلم وفي معناه الغرم بالغرم وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة وقوله (وصار) أي عمارة الوقف (كنفقة العبد الموصى بخدمته فانما) تكون (على الموصى له بها) (قوله) ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم) لا يتصور ان يلزموا العدم اجتماعهم ولعسرتهم (وأقرب أموالهم هذه الغلة) الكائنة للوقف (فتجب) العمارة فيها (قوله) وان كان الوقف على رجل بعينه) أو رجال (وآخره الفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حياته) فاذا مات من الغلة (ولا يؤخذ من الغلة) عينا (لانه) رجل (معين يمكن مطالبته) ثم هو يعطى ان شاء من الغلة وان شاء من غيرها ثم العمارة المستحقة عليه انما هي (بقدر ما يبقى الموقوف به على الصفة التي وقف عليها) فأما الزيادة فليست بمسحقة) فلا تصرف في العمارة (الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض) أي لا يزداد على الصفة التي كان عليها (وعند آخرين يجوز ذلك) أي الزيادة (والاول أصح) لانه صرف حق الفقراء إلى غير ما يستحق عليهم ولا تؤثر العمارة اذا احتيج إليها وتقطع الجهات الموقوفة عليها لها ان لم يخف ضرر دين فان خيف قدم وأما الناظر فان كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين فاذا قطعوا للعمارة قطع الآن يعمل كالفاعل والبناء ونحوه ما فإخذ قدر أجرته وان لم يعمل لا يأخذ شيئا قال الامام نضر الدين قاضي خان رجل وقف ضبعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يدين وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لاجحة فيها إلى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لان القيم لا يأخذ ما يأخذ الا بطريق الاجر فلا يستوجب الاجر بلا عمل اه فهذا عندنا فمن لم يشترط له الواقف شيئا أما اذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم (قوله) فان وقف دارا على سكتي ولده) أو غير ولده (فالعمارة على من له السكتي لان الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصى بخدمته فاذا امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجزاها الحاكم

وقوله (والاول أولى) يريد به اجارة الحاكم وعمارته باجرتها ثم ردها الى من له السكنى (٥٥) والثاني هو ترك العماره واستيفاد

ذلك بقوله لانه لو لم يعمرها  
تفوت السكنى أصلا  
وقوله (في حيز التردد) بانه  
ان الامتناع يحتمل أن  
يكون لبطلان حقه  
ويحتمل أن يكون نقصان  
ماله في الحال ولرجائه اصلاح  
القاضي وعمارته ثم رده  
اليه وقوله (ولانصح  
اجارة من له السكنى) اضافة  
المصدر الى فاعله وهذا  
لان الاجارة تملك المنافع  
بعوض ولا تملك من غير  
المالك ومن له السكنى ليس  
بمالك وفوقض بالمستاجر  
فان له أن يؤجر الدار وليس  
بمالكها وأوجب بانه مالك  
المنفعة ولهذا أقيمت العين  
في ابتداء العقد مقام  
المنفعة لئلا يلزم عليك  
المنفعة المدومة ومن له  
السكنى أبيضته المنفعة  
ولهذا لم تتم العين مقام  
المنفعة في ابتداء الوقف  
ولا يلزم من جواز تعليق  
المالك جواز تعليق غيره  
قال (وما نهى من بناء  
الوقف وآلته) قال صاحب  
النهاية قوله وآلته يحتمل  
أن يكون مجردا بالعطف  
على البناء يعني ما نهى من  
من آل الوقف بأن يبني  
خشب الوقف وفسد  
ويحتمل أن يكون مرفوعا  
بالعطف على ما الموصولة  
وهو المنقول عن الثقات  
لانه لا يقال نهى من آلته

وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب  
السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول أولى ولا يجبر الممتنع على العماره لما فيه من اتلاف  
ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضامنه بطلان حقه لانه في حيز التردد  
ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال (وما نهى من بناء الوقف وآلته) صرفة الحاكم  
في عماره الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيه ما لانه لا بد  
من العماره ليبقى على التأييد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفه فيها والا  
أمسكها حتى لا تعذر عليه ذلك أو ان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادته عينه الى موضعه ببيع  
وصرف ثمنه الى المرممة صرفا للبدل الى مصرف المبدل

وعمرها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى (لانه  
لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول) وهو العماره (أولى) من الثاني وهو عدم عمارتها المدلول  
عليه بقوله لو لم يعمرها لان الجمع بين المصلحتين أولى من ابطال احدهما (ولا يجبر الممتنع على العماره  
لما فيه من الزام الضرر) (اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في) ما اذا عقد عقد (المزارعة)  
وبينما من عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك (ثم لا يكون امتناعه رضامنه  
يبطلان حقه لان امتناعه في حيز التردد) يعني دلالة الامتناع على الرضا باسقاط حقه متردد فيها لجواز  
كون امتناعه لعدم القدرة على العماره أو لرجائه اصلاح القاضي كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه  
(و) انما قال أجزها الحاكم لانه (لا تصح اجارة من له السكنى) وعلمه بقوله (لانه غير مالك) وفي تقريره  
قولان أحدهما انه ليس بمالك للمنفعة بل أوجب له الانتفاع وهذا ضعيف فان للموقوف عليه السكنى ان  
يعمر الدار والا عارة تملك المنافع بلا عوض والمسئلة في وقف الخصاص والآثر انه ليس بمالك للعين  
والاجارة تنوقف عليه لانها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها اليه كما فاقمت العين مقام  
المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضي ان لا يصح اجارة المستاجر فيما  
لا يختلف باختلاف المستعمل وان لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كما ذكرنا فالأولى  
أن يقال لانه تلك المنافع بالابدل فلم يملك تعليقها ببدل وهو الاجارة والمالك أكثر مما ملك بخلاف الاعارة  
وهذا الوجه والذي قبله فيبدأ أن لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار  
المستحق للغة أيضا ليس له أن يؤجر لانه ليس بمالك للعين فلا يمكن اقامة العين مقام منافعها ليرد عليه  
عقد الاجارة بل مملكته من المنافع بالبدل ونص الاستروشنى انه رأى في المنقول ان اجارة الموقوف عليه  
لا تجوز وانما يملك الاجارة المتولى والقاضي ونقل عن الفقيه أبي جعفر انه ان كان الاجر كله للموقوف  
عليه اذا كان الوقف لا يستمر تجوز اجارته وهذا في الدور والخوانسب وأما الاراضى فان كان الواقف  
شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه أن يؤجر وان لم بشرط ذلك فيجب أن يجوز  
ويكون الخراج والمؤنة عليه هذا وان لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعماره ولم يجد القاضي من  
يستأجرها لم أر حكم هذه في المنقول من المذهب والحال فيها يؤدى الى أن تصير نقضا على الارض كرماد  
تفوقه الرباح وخطرى انه يجزىه القاضي بين أن يعمرها فتوفي منفعتها ويبين أن يردّها الى ورثة الواقف  
(قوله) وما نهى من بناء الوقف وآلته وهو بالجر كالخشب والقصب وقد بضم عطا على ما صرفه  
الحاكم في عماره الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج اليه وأنت تعلم ان  
بالانهدام تحقق الحاجة الى عماره ذلك القدر فلا معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه وان  
استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التحويل للعماره ثابتا في الحال صرفه اليها  
والاحفظه حتى يتم بذلك وتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون قليلا لا بد الا يخل بالانتفاع

والنقص بضم النون البناء المنقوض وفي الصحاح ذكره بكسر النون لا غير

وقوله (ولا يجوز على قياس قول محمد) بناء على ان التسليم الى المتولى شرط عنده ولم يوجد قال الصمد الشهد والفتوى على قول أبي يوسف ترجيحاً للناس في الوفاء وقوله (فقد قيل يجوز بالاتفاق) وهو رواية المبسوط والخيرة والتممة وفتاوى قاضيان وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف فإنه لو شرط بعض الغلة أو كلها لنفسه في حال حياته حازت لامهات أو ولاده أولى وأغلب الاشكال على قول محمد فإنه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشترطه (٥٦) لامهات أو ولاده في حياته بمنزلة اشتراطه لنفسه ولكن يجوز ذلك استحساناً بالعرف

ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط  
لهن لانهن يعتقن بعونه  
فاشترطه لهن كاشترطه  
لسائر الاجانب فيجوز ذلك  
في حياته أيضاً تبعاً لما بعد  
الوفاء وقد قيل هو على الخلاف  
أيضاً وهو الصحيح لان اشتراطه  
لهم في حياته أي اشتراط  
دفع الغلة في ابتداء الوفاء  
لامهات أو ولاده ومديره  
وذكر الضمير تغليبا للذين  
على أمهات الاولاد كاشترطه  
لنفسه ثم اشتراط صرف  
الغلة لنفسه في ابتداء  
الوقف جائز بدون واسطة  
عند أبي يوسف فكذلك يجوز  
اشتراط صرف الغلة الى  
نفسه انتهاء بواسطة اشتراط  
صرف الغلة الى أمهات  
أولاده ومديره وجه قول  
محمد أن الوقف تبرع على  
وجه التملك بالطريق الذي  
قدمناه أي بطريق التقرب  
الى الله تعالى فاشتراطه  
الكل أو البعض لنفسه  
يطلبه لان التملك من نفسه  
لا يتحقق فصار كالصدقة  
المنفذة فإنه لا يجوز ان يسلم  
قدرا من ماله للفقير على

(ولا يجوز ان يقسمه) يعني النقص (بين مستحق الوقف) لانه جزء من العين ولا حق للوقوف عليهم فيه وانما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال (واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبي يوسف) قال رضي الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جاز عند أبي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي وقيل ان الاختلاف بينهما مابناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسألة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض أو الكل لامهات أو ولاده ومديره ماداموا أحياء فإذا ماتوا فله الفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف أيضاً وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حياته كاشترطه لنفسه

بالوقف ولا يقرب من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى تحسن أو تجب العمارة وان تعذر  
اعارته بأن خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه في ذلك إقامة للبدل مقام المبدل ولا يقسمه بين مستحق الوقف لانه من عين الوقف ولا حق لهم في العين الموقوفة لانها حق الله تعالى وحقهم في الغلة فقط واعلم أن عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به انما هو فيما ورد عليه وقف الواقف أما فيما اشترط المتولى من مستغلات الوقف فإنه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا لان في صيرورته وقفا خلافاً واختار أنه لا يكون وقفاً لقيم أن يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت (قوله واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبي يوسف) فهذا فصلان ذكرهما القدوري (شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جاز عند أبي يوسف) وهو قول أحد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والزهري ومن أصحاب الشافعي ابن سريج (ولا يجوز على قياس قول محمد وهلال الرازي) وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصري وانما نسب الى الرازي لانه كان على مذهب الكوفيين ورأى منهم وهو من أصحاب يوسف بن خالد السلمي البصري ويوسف هذا من أصحاب أبي حنيفة وقيل ان هلالاً أخذ العلم عن أبي يوسف وزفر ووقع في المبسوط والخيرة وغيرهما الرازي وفي المغرب هو تحرير بل هو الرازي بنسبته لانه من البصرة لانه من الرازي نسبة الى الرازي وهكذا صح في مسند أبي حنيفة وغيره ويقول محمد قال الشافعي ومالك والخلاف في شرط كل الغلة لنفسه وبعد على الفقراء أو بعضها وبعد للفقراء ثم (قيل ان الاختلاف بينهما مابناء على الخلاف في اشتراط القبض) أي قبض المتولى فلم يشترطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه لانه حينئذ لا ينقطع حقه فيه وما شرط القبض الا لينقطع حقه وما لم يشترطه أبو يوسف لم يمنعه (وقيل مسألة مبتدأة) غير مثبتة وهو أوجه ثم وصل المصنف هذه الخلافية ما اذا شرط الغلة لامهات أو ولاده ومديره ماداموا أحياء فإذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جارياً فيما على ما صححه المصنف وقيل بل صحة شرط الغلة لامهات أو ولاده ومديره بالاتفاق وهو الاصح وما قال المصنف يخالف لما في المبسوط

والحيط

وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه فقوله وشرط بالجر

عطف على قوله كالصدقة المنفذة ومعناه أن يجعل بعض المسجد لنفسه كان ما زعمنا في الجواز في الكل فكذلك اذا جعل بعض الغلة لنفسه

قال المصنف (وقيل ان الاختلاف بينهما مابناء الخ) أقول في هذا البناء نوع تأمل ظاهراً لكن يظهر وجه البناء بما ذكره الخبازي قال

المصنف وقد قيل هو على الخلاف أيضاً وهو الصحيح) أقول يخالف رواية الكتب المذكورة (قوله لان اشتراطه لهم في حياته) أقول

ذكر الضمير في قوله لهم تغليبا للذكور على الإناث

وجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذي قدمناه فاشتراطه البعض أو الكل لنفسه يطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفقة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولا يابى يوسف ماروى أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القرينة على ما بيناه فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار يملكو كالله تعالى لنفسه لانه يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ولان مقصوده القرينة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على نفسه صدقة

والحيط والخبرة والتمتة وفتاوى قاضيان فان الكل جعلوا الصحة بالاتفاق وفرق في المبسوط لمحمد رحمه الله بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولا مهمات أولاده حيث يجوز مع أن شرطه لهن ولسدريه كشرطه لنفسه بأن حرّتهم ثبتت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوته لهم في حالة حياته تبعاً لما بعد موته كما قال أبو حنيفة في أصل الوقف اذا قال في حياتي وبعد وفاتي يلزم أمالو الوقف على عبيده وإمائته فلا يجوز عند محمد لانهم لا يمتعون بموته فلا تبعية ويجوز عند أبي يوسف كشرطه لنفسه (وجه قول محمد رحمه الله أن الوقف تبرع على وجه التملك) للغلة أو للسكنى (فاشترط البعض أو الكل لنفسه يطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفقة) بأن تصدق على فقير بمال وسلم اليه على أن يكون بعضه لم يجز لعدم الفائدة اذ لم يكن مملوكاً على هذا التقدير الا ما وراء ذلك القدر فكذا في الصدقة الموقوفة (وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه) بينا (ولا يابى يوسف ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته والمراد صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط) فان الاجماع على أن الواقف اذا لم يشرط لنفسه الاكل منها لا يحل له أن يأكل منها وانما الخلاف فيما اذا شرطه والحديث المذكور به هذا اللفظ لم يعرف الا أن في مصنف ابن أبي شيبة حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه قال ألم تر أن حجر المديني أخبرني قال ان في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم بأكل منها أهلها بالمعروف غير المتكر (ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار يملكو كالله تعالى لانه جعل ملك نفسه لنفسه) كذا قرره المصنف وعلى ما سلف لنا في اشتراط التسليم الى المتولى عند محمد ينبغي أن يقره هكذا الموقوف ازالة الملك الساكن بالعين واسقاطه الى مالك ابتغاء مرضاة الله تعالى على وجهه يعتبر فيه شرطه الغير المنافي للقرينة والشرع وشرط النفقة على نفسه منه لا ينافي في ذلك (كما اذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن يشرب منها أو مقبرة وشرط أن يدفن فيها) قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة (روى معنى هذا الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة قروى ابن ماجه من حديث المقدم بن معديكر بن عنه عليه الصلاة والسلام قال ما من كسب الرجل كسب أطيب من عمل يده وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو صدقة وأخرجه النسائي عن بريدة عن جبير بلطف ما أنفق نفسه فهو صدقة الحديث وأخرج ابن حبان في صحيحه عن أبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل كسب مالا خلافاً لظاهره نفسه أو كسبها من دونه من خلق الله تعالى فان له زكاة ورواه الحاكم الا أنه قال فانه له زكاة وقال صحيح الاسناد ولم يخبر جاء وأخرج الحاكم أيضاً والدارقطني عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما أنفق الرجل على نفسه وأهله فهو له صدقة وما وفق به عرضه صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر ما معنى وفق به عرضه قال أن يعطى الشاعر وذو اللسان المتقي وقال صحيح الاسناد وأخرج الطبراني عن أبي امامة عنه عليه الصلاة

وقوله (ولا يابى يوسف ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته) ذكر الحديث شيخ الاسلام في مبسوطه والمراد منه الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط بالاجماع فدل على صحته وقوله (على ما بيناه) اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره الى جهة لا تنقطع أبداً بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك والى قوله ولا يابى يوسف أن المقصود هو التقرب فعمل من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القرينة

قال المصنف (وجه قول محمد رحمه الله تعالى عليه ان الوقف تبرع على وجه التملك) أقول فيه نوع مخالف للمسبق من أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك ولما قاله الشارحون من أن في الوقف اباحة المنفعة لامتلاكه كما سبق في الدرس السابق وجوابه ان المنفعة غير العلة

ولو شرط الواقف ان يستبدل به أرضاً أخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف وعند محمد والوقف  
جائز والشرط باطل

ولو شرط الواقف ان يستبدل  
به أرضاً أخرى اذا شاء ذلك  
جائز عند أبي يوسف كما هو  
مذهبنا في التوسع في  
الوقف وعند محمد والوقف  
جائز والشرط باطل لان  
هذا الشرط لا يؤثر في المنع  
من زواله والوقف يتم بذلك  
ولا يتعذر به معنى التأييد  
في أصل الوقف فيتم الوقف  
بشرطه ويبقى الاستبدال  
شرطاً فاسداً فيكون باطلاً  
في نفسه كالسجد اذا شرط  
الاستبدال به أو شرط أن  
يصلى فيه قوم دون قوم  
فالشرط باطل واتخاذ المسجد  
صحيح فهذا مثله

والسلام قال من أنفق على نفسه نفقة فهي له صدقة ومن أنفق على امرأته وأهله وولده فهو له  
صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال لرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان  
فضل شيء فلاهلك الحديث فقد ترجع قول أبي يوسف قال الصدر الشهيد والفتوى على قول أبي يوسف  
ونحن أيضاً نفتي بقوله ترجيحاً للناس في الوقف واختاره مشايخ بلخ وكذا ظاهر الهداية حيث أخر  
وجهه ولم يدفعه ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على أن يقضى دينه من غلته وكذا إذا قال اذا  
حدثت على الموت وعلى ديني بسد من غلة هذا الوقف بقضاء ما على تحافل فعلى سبيله كل ذلك جائز  
وفي وقف الخصاص اذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فجات غلته  
فباعها وقبض منها ثم مات قبل أن ينفق ذلك هل يكون ذلك لورثته أو لاهل الوقف قال يكون لورثته لانه  
قد حصل ذلك وكان له فقد عرف ان شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضاً معيناً كالنصف والرابع وكذلك اذا  
قال اذا حدثت على فلان الموت يعني الواقف نفسه أخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من عشرة أسهم  
مثلاً سهم يجعل في الحج عنه أو في كفارات أعيانه وفي كذا وكذا أو سمي أشياء أو قال أخرج من هذه  
الصدقة في كل سنة كذا وكذا ادبرهما لتصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سبيله  
(قوله ولو شرط أن يستبدل بها أرضاً أخرى) تكون وقفاً مكانه (فهو جائز عند أبي يوسف) وهو لال  
والخصاف وهو استحسان وكذا لو قال على أن أبيعها أو أشتري بثمنها أخرى مكانها وقال بمجد يصح الوقف  
ويبطل الشرط وليس له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانياً لانتهاء الشرط بمرة إلا أن يذكر عبارة بتغييره  
ذلك دائماً وكذا ليس للقيم الاستبدال إلا أن ينص له بذلك وعلى وزان هذا لو شرط لنفسه ان ينقص من  
المعالم اذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك وليس لغيره إلا أن يجعله له واذا أدخل وأخرج  
مرة ليس له ثانياً إلا بشرطه ولو شرطه للقيم ولم يشترطه لنفسه كان له ان يستبدل لنفسه لان افاذته الولاية  
لغيره بذلك فرع كونه يملكها ولو قيد شرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف ليس له ان يستبدل بعد موته  
وفي فتاوى قاضيان قول هلال وأبي يوسف هو الصحيح لان هذا شرط لا يبطل الوقف لان الوقف يقبل  
الانتقال من أرض الى أرض فان أرض الوقف اذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحراً  
لا تصلح للزراعة ضمن قيمتها يشتري بها أرضاً أخرى فتكون وقفاً مكانها وكذا أرض الوقف اذا قل  
نزلها بحيث لا تتحمل الزراعة ولا تنفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بأرض  
أخرى وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعه إلا باذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع  
اليه ولا منفعة في الوقف ان يأذن في بيعها اذا رآه أنظر لاهل الوقف واذا كان حاصله اثبات وقف آخر  
لم يكن شرطاً فاسداً هو اشتراط عدم حكمه وهو التأييد بل هو تأييد معنى ولا يقال حكم الوقف اذا صح  
الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعه لاننا نقول حكم ذلك على وجهه يتقضى فيه شرطه الذي شرط في أصل  
الوقف اذا لم يخالف أمر الشارع وقد بينا ان شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره وكون شمس  
الائمة كرمسألة ثم قال ولهذا بين خطا من يجوز استبدال الوقف وكذا ما عن ظهر الدين رجوعه عنه  
بعد ان كان يفتي به لا يوجب اتباعه مع قيام وجهه غير ولو أريد تجوز الاستبدال بتغيير شرط الاستبدال  
فيما اذا كان أحسن للوقف كان حسناً والحاصل ان الاستبدال امان شرطه الاستبدال وهو مسألة  
الكتاب أولاً عن شرطه فان كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليه به فينبغي ان لا يختلف فيه  
كالصورتين المذكورتين لقاضيان وان كان لالتكبل اتفاقاً انه أمكن أن يؤخذ بغير الوقف ما هو خير  
منه مع كونه منتفعاً به فينبغي ان لا يجوز لان الواجب ابقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى ولانه

ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف وعند محمد الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا

لاموجب لتجوز لأن الموجب في الأول الشرط وفي الثاني الضرورة ولا ضرورة في هذا إذا لم يجب الزيادة فيه بل ببقية كما كان ولعل محل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل إلا في رواية عن أبي يوسف هذا الاستبدال والاستبدال بالشرط مذهب أبي يوسف المشهور عنه المعروف لا مجرد رواية والاستبدال الثاني ينبغي أن لا يختلف فيه كما قلنا وفي فتاوى قاضيان أجعوا أن الواقف إذا شرط الاستبدال لنفسه بصرح الشرط والوقف وعكس الاستبدال إما بالشرط أشار في السير إلى أنه لا يمكنه إلا باذن القاضي ولا ينبغي أن محل الإجماع المذكور كون الاستبدال لنفسه إذا شرطه له وفي القاضي فيما لا شرط فيه لا في أصل الاستبدال والافهوق قد نقل الخلاف وعرف من هذا أن محل ما ذكرناه عن الانصاري ما إذا لم يشرطه لنفسه ثم إذا اشترى البذل للوقف صار وقفا ولا يتوقف وقفته على أن يقفه بلفظ يخصه وليس للقيم أن يوصى بالاستبدال لمن يوصى إليه عند موته بالوقف ومن فروع الاستبدال لو قال على أن أبيعها بقليل أو كثيراً وعلى أن أبيعها واشترى بثمنها عدا نص هلال على فساد الوقف كانه قال على أن أبطلها ولو اقتصر على قوله على أن أبيعها واشترى بثمنها أرضاً جاز استحساناً وإذا قال على أن استبدل أرضاً أخرى ليس له أن يجعل البذل داراً وكذا على العكس ولو قال بأرض من البصرة ليس له أن يستبدل من غيرها لأن الأماكن قد تختلف في جودة الأرض وينبغي أن كانت أحسن أن لا يجوز لأنه خلاف إلى خير ولو شرط الاستبدال ولم يذكر شيئاً استبدل ما شاء من العقار خاصة ولو باع الوقف بغير فاحش لا يجوز البيع ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين في تركته وكذا الواسع لم يملكه أموال وضاع الثمن في يده فلا ضمان عليه ولو اشترى بالثمن عرضاً عما لا يكون وقفاً فهو له والدين عليه ولو وهبه من المشتري صحت الهبة ويضمنه في قول أبي حنيفة ومنعه أبو يوسف أموال قبض الثمن ثم وهبه فالهبة باطلة اتفاقاً ولو باعه بعرض ففي قياس قول أبي حنيفة يصح وقال أبو يوسف وهلال لا يملك البيع إلا بالنص أو بأرض تكون وقفاً مكانها أو إذا باع الوقف ثم عاد إليه بما هو فسخ من كل وجه كان له أن يبيعها ثانياً وإن عادت بعقد جديد لا يملك بيعها لأنها صارت وقفاً مكانه واشترى غيرها إلا أن يكون عملاً لنفسه الاستبدال ولو ردت بعيب بقضاء أو بغير قضاء بعد القبض أو قبل القبض بقضاء عادت وقفاً وكذا إذا قال المشتري قبل القبض أو بعده فله أن يصنع بالأخرى ما شاء ولو استحققت الأولى في القياس تبقى الثانية وقفاً وفي الاستحسان لأن الثانية كانت وقفاً بالأولى وبالاتساق انتقضت تلك المبادلة من كل وجه فلا تبقى الثانية وقفاً ولو شرط لنفسه أن يستبدل فوكل به جاز ولو أوصى به عند موته لم يكن للوصي ذلك لأن في الوكالة وهو وحى لو تمكن خله أمكنه الاستبدال بخلاف الوصي ولو شرط الاستبدال لنفسه مع آخر على أن يستبدل ما عتقد بذلك الرجل لا يجوز ولو تفرد به الواقف جاز لأنه هو الذي شرطه لذلك وما شرط لغيره فهو مشروط له كالأوصف قاضياً بالدين كل فيما كان لكل أن يتصرف وحده ولو أن أحدهذين القاضيين أراد أن يعزل الذي أقامه القاضي الآخر قال إذا رأى المصلحة في ذلك كان له عزله والأفلا (قوله ولو شرط) أي الواقف (الخيار لنفسه ثلاثة أيام) بأن قال وقف دارى هذه على كذا على أنى بالخيار ثلاثة أيام (جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الوقف باطل) وهو قول الشافعي وأحمد وهلال قال المصنف (وهذا بناء على ما ذكرنا) يريد الأصل المختلف فيه أعنى شرط التسليم فإن محمد الماشرط تمام القبض لينقطع حق الواقف فلا شك أن شرط الخيار يفوت معه الشرط المذكور لأنه لا يتصور مع تمام القبض وأما أبو يوسف فماله بشرط تمام قبض متول اتبني عليه جواز شرط الخيار وروى عن أبي يوسف أن الوقف جائز والشرط باطل وهو قول يوسف بن خالد

ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والخيار عند أبي يوسف بناء على التوسعة كما مر وعند محمد الوقف باطل وانما قيد بقوله ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت مبهمة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف أيضاً (قوله وهذا) أي الخلاف (بناء على ما ذكرناه) إشارة إلى أن جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف فإنه لما جاز أن يستثنى الواقف الغلة لنفسه مادام حياً فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ليرى النظر فيه وعند محمد لم يجر ذلك لم يجر اشتراط الخيار لنفسه أيضاً وهذا البناء صريح في المبسوط ثم لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد ينقلب الوقف جائزاً باطل الخيار بعد ذلك لأن الوقف لا يجوز إلا مشروطاً بشرط الخيار يمنع التأييد فكان شرط الخيار شرطاً فاسداً في نفس العقد فكان المفسد قويا

(قوله فإنه لما جاز أن يستثنى إلى قوله أيضاً) أقول وفي الملازمة الأولى نوع تأمل

(قوله وأما فصل الولاية فقد (٦٠) نص فيه) أي فقد نص القدروري في فصل الولاية بالجواز على قول أبي يوسف

بقوله وإذا جعل الواقف الى قوله جاز عند أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذ كر هلال في وقفه وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية وهذا بظاهرة لا يستقيم على قول أبي يوسف لان له الولاية شرط أو سكت ولا على قول محمد لان التسليم الى المتولى شرط صحة الوقف فكيف يصح ان يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم الى المتولى فلهذا وله بعض مشايخنا وقالوا الاشبه أن يكون هذا قول محمد لان من أصله أن التسليم الخ ومعناه إذا سلمه الى المتولى وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعدما سلمه الى المتولى والدليل على ذلك ما ذكره محمد في السير إذا وقف ضيعة وآخر جهها الى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك الآن يشترط الولاية لنفسه وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم قال قاضيان وهذه المسئلة بناء على ان عند محمد التسليم الى المتولى شرط لصحة الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم الآن يشترط الولاية لنفسه أما على قول أبي يوسف فالتسليم الى

وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذ كر هلال في وقفه وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وان لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الاشبه أن يكون هذا قول محمد لان من أصله أن التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه

السعي لان الوقف كالاتفاق في أنه إزالة الملك لا الى مالك ولو أعتق على أنه بالخيار عتق وبطل الشرط فكذا يجب هذا وإذا اتفقوا على أن شرط الخيار في المسجد يبطل ويتم وقف المسجد ومثل ذلك قال الهندواني على قول محمد ينبغي أن يجوز الوقف ويبطل الشرط لانه شرط فاسد فلا يؤثر في المنع من الزوال ولكن محمد يقول بتمام الرضا والقبض يتم الوقف ومع شرط الخيار لا يتم الرضا ولا القبض فكان كالا كراه على الوقف فلا يتم معه بخلاف المسجد فان القبض ليس شرطاً فيه عنده بل إقامة الصلاة فيه بجماعة وكذا في الاعتراف فان القبض فيه ليس شرطاً والحاصل أنه ان تم له شرط التسليم في أصل الوقف تم له هذا وقد مناه فيه وتقييد الخيار بثلاثة أيام ليس قيداً بل أن يكون معلوماً حتى لو كانت مجهولة بأن وقف على أنه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وكذا روى عن أبي يوسف أنه قال ان بين الخيار وقتاً جازاً لوقف والشرط وان لم يوقت له فالوقف والشرط باطلان ثم اذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد فلو أبطل الخيار قبل الثلاث لم يصح لان الوقف لا يجوز الا ما يؤيد او الخيار يمنع التأيد وكان شرط الخيار في نفس العقد بخلاف البيع فان الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده اذا شرطه أكثر من ثلاثة أيام لا يمنع لزوم العقد بعد الايام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب العقد فإذا أسقطه قبل الثلاث جاز ذكره في فتاوى قاضيان ولا يبطل الوقف بالشروط الفاسدة ولهذا الوقف أرضاً على رجل على أن يقرضه دراهم جاز الوقف وبطل الشرط وفي فتاوى قاضيان أيضاً قال الفقيه أبو جعفر اعتاق المشتري قبل القبض حائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف ولو اشترى أرضاً فوقفها ثم أطلع على عيب رجع بنقصان العيب ولا يكون للوقف بل ان يصنع به ما شاء فروع في اشتري أرضاً على أنه بالخيار فوقفها ثم أسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشتري ثم أسقط البائع الخيار لا تكون وقفاً ولو وقفها البائع صح ولو وقف الموهوب له الأرض قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا الوقف الموصى له ما قبل موت الموصى ثم مات الموصى وكذا الوقف في الشراء الفاسد قبل قبضها (قوله) وأما فصل الولاية فقد نص فيه (أي القدروري) (على قول أبي يوسف) حيث قال أبو جعفر الولاية اليه جاز على قول أبي يوسف (وهو قول هلال أيضاً) قال المصنف (وهو ظاهر المذهب وذ كر هلال في وقفه) فقال (وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الاشبه أن يكون قول محمد لان من أصله) أن التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه) فهذا يدل على أنه لم يثبت تصريح محمد به ولذا أطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب وأورد على هذا أن مقتضى اشتراط محمد التسليم الى القيم أن لا يثبت للواقف ولاية وان شرطها لنفسه لانه يتنافى في هذا الشرط أحجب بوجهين أحدهما أن تأويل ذلك أن يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها الى المتولى فان الولاية تكون له عند محمد فانه ذكر في فتاوى قاضيان ذكر محمد في السير أنه اذا وقف ضيعة وأخرجها الى القيم لا تكون له ولاية بعد ذلك الا اذا كان شرط الولاية لنفسه وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم الى أن قال وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم الى المتولى شرط الوقف فلا تبقى له ولاية بعد هذا التسليم الآن شرط الولاية لنفسه وأما على قول أبي يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وان لم يشترطها ومثل هذا الذي ذكره في الكتاب مذ كور في التهمة والذخيرة والآخر أن معنى قول محمد ان شرط الولاية لنفسه فهي له أنه اذا شرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عند محمد أيضاً لان شروط الواقف تراعى ومن

المتولى ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وان لم يشترط الولاية لنفسه

ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه أقرب الناس الى هذا الوقف فيكون أولى بولايته من اتخذ مسجدا يكون أولى بعمارة ونصب المؤذن فيه ولكن أعتق عبدا كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه ولأن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضى أن ينزعها من يده نظرا لفقراء كماله أن يخرج الوصى نظرا للصغار وكذا اذا شرط أن ليس للسلطان ولا لقاض أن يخرج جهما من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل

### ﴿فصل﴾

ضروره سقوط التسليم قال في النهاية كذا وجدت في موضع بخط ثقة وقد منازعا آخر على اشتراط التسليم عند الكلام عليه ثم استدلل المصنف على قول أبي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب بقوله (ولنا أن المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه) ولقائل أن يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطا لانه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير أجنيا عنه فيجب كون الولاية فيه للحاكم بولي نفسه من شاء من يصلح لذلك وهو من لم يسأل الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلوص الحق لله عز وجل لان الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى وهو يخرج للشافعية فلا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل بخلاف ما اذا شرطها لنفسه وقد يتم قوله (ولانه أقرب الناس الى الوقف فكان أولى بولايته) دليلا على ذلك فان القاضى ليس أقرب منه اليه والقرض أن الواقف عدل مأمون فهو أحق من القاضى لانه وان زال الملك فهو على وجه تعود منفعته للواقف بصرفه الى الجهات التي عينها وهو أنصح لنفسه من غيره فينتصب وليا وقوله (كن اتخذ مسجدا كان أولى بعمارة ونصب المؤذن وكن أعتق عبدا كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه) أماعارته فلا خلاف يعلم فيه وأما نصب المؤذن والامام فقال أبو نصر فلا هل المحلة وليس الباني أحق منهم بذلك وقال أبو بكر الاسكاف الباني أحق بنصب مامن غيره كالمارة قال أبو الليث وبه نأخذ الآن يريد اماما ومؤذنا والقوم يريدون الاصل فلهم أن يفعلوا ذلك كذا في النوازل (ثم اذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضى أن يخرج من يده نظرا لفقراء كماله ان يخرج الوصى نظرا للصغار وكذا الوشرط أن ليس لسلطان ولا لقاض أن يخرج جهما من يده ويوليها غيره) لا يلتفت الى شرطه اذا كان غير مأمون لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل وصرح بأن مما يخرج به الناظر ما اذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفي فتاوى قاضيهان هو جعل الواقف ولاية الوقف الى رجلين بعد موته فأوصى احدهما الى صاحبه في أمر الوقف ومات جاز تصرف الحى في جميع الوقف وعن أبي حنيفة لا يجوز لانه انما رضى برأيهم وفيها الوجه لارضه ووقفه مرض الموت فجعل رجلا وصى نفسه ولم يذكر من أمر الوقف شيئا فان ولاية الوقف لا تكون الى الوصى ولو قال أنت وصى في أمر الوقف خاصة قال أبو يوسف هو كما قال وقال أبو حنيفة هو وصى في الاشياء كلها

﴿فصل﴾ لما اختلف المسجدين بحكم مخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا الايصاء به ولا يجوز مشاعا عند أبي يوسف ولا يشترط التسليم الى المتولى عند محمد أفرد به فصل على حدته وآخره هذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضا ما لو اشترى أرضا شرعا فاسدا وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للفقراء ولو اتخذها مسجدا قال الفقيه أبو جعفر ذكر محمد في كتاب الشفعة انه لو اشترى أرضا شرعا فاسدا وبناها بناء المسجد جاز عند أبي حنيفة وصلى الله عنه وعليه قيمتها للبائع وقول أبي يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الارض الى البائع بفساد البيع قال فاشترط البناء له دليل على ان لا يكون مسجدا قبل البناء عند الكل وذكره هلال انه يصير مسجدا في قول

وقوله (ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهته) استدلال لابي يوسف وعبر عنه بقوله ولنا اشارة الى انه المختار وكلامه الباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم

﴿فصل﴾ فصل أحكام المسجد عاقله في فصل على حدة الخالفة أحكامه لما قبله في عدم اشتراط التسليم الى المتولى عند محمد ومنع الشيوخ عند أبي يوسف وخروجه عن ملك الواقف عند أبي حنيفة وان لم يحكم به الحاكم فرق أبو حنيفة بين الوقف والمسجد فان الوقف اذا لم يحكم به ما كم ولم يكن موصى به ولا مضافا الى ما بعد الموت كان له أن يرجع فيه وأما المسجد فليس له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لان الوقف اجتمع فيه معنيان الحبس والصدقة فاذا قال وقفت فكانه قال حبست العين على ملكي وتصدقت بالغلة ولو صرح بذلك لا يصح ما لم يوص به لان التصديق بالغلة المدومة لا يصح فاذا أوصى به أو أضافه الى ما بعد الموت كان لازما بعد موته

### ﴿فصل﴾

وإذا بنى مسجد لم ير ملكه عنه حتى يقرزه عن ملكه بطريقه وبأذن للناس بالصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة عن ملكه (أما إذا قرأ فلا يخلص لله تعالى إلا به وأما الصلاة فيه فلا نه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد ويشترط تسليم نوحه وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لأنه لما تعذر القبض فقام بتحقيق المقصود مقامه ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة وكذا عن محمد لأن فعل الجففس متعذر فيشترط أدناه وعن محمد أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد بنى لذلك في الغالب (وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجداً) لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط للملك العبد فيصير خالصاً لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق

وأما إذا قال جعلت أرضي مسجداً فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه فأولاً زاله الله تعالى لم يكن له أن يرجع كما لو أزاله بالاعتاق وكلامه واضح وقوله (وعن محمد أنه يشترط الصلاة فيه بالجماعة) وهو رواية عن أبي حنيفة أيضاً ويشترط مع ذلك أن تكون الصلاة جهسية بأذن وإقامة حتى لو صلى جماعة بغير أذن وإقامة سراً لا يصير مسجداً عند أبي حنيفة ومحمد فان أذن رجلاً واحداً وأقام وصلى وحده صار مسجداً بالاتفاق لأن صلته على هذا الوصف كالجماعة

وإذا بنى مسجداً

أصحها بنافسار فيه روايتان قال الفقيه أبو جعفر في الوقف أن يضار وابتان والفرق على أحدهما عند هذا القائل أن في الوقف حق العباد كالبيع والهبة وأما المسجد فخالص حق الله تعالى وما هو خبيث لا يصلح لله تعالى ولهذا قالوا لو اشترى دار الهاشمية فجعلها مسجداً كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة وكذا إذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن يبطل المسجد (قوله وإذا بنى مسجد لم ير ملكه عنه حتى يقرزه بطريقه عن ملكه وبأذن للناس في الصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة) ومحمد في رواية عنهم ما في رواية أخرى عنهم لا يزول إلا بالصلاة جماعة وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجداً أما قوله ما فلان الملك لم ير بمجرد القول فثبت محمد على أصله في اشتراط التسليم لكن لا يتعين المتولى لأن تعيينه لتحقيق التسليم إلى من أخرج إليه وهو الله سبحانه وتعالى ولا يتحقق إلا في ضمن التسليم إلى العبد على ما مر لا كل عبد بل الذي تعود منفعة إليه غير أن المتولى بقاء مقامهم في القبض ومقام الواقف في إقبال الغلة لهم لكل وقف في العادة فتعين ولم تجر العادة في المسجد بذلك إذ ليس له غلة يستحقها الناس فأقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو بالصلاة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك الصلاة المنفرد لأن قبض الجنس متعذر فافكتفي بالواحد وعلى هذه الرواية اختلص الوصل الواقف بنفسه وحده والصحيح أنه لا يكتفي لأن الصلاة إنما تشترط لأجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكتفي فكذا أصلاً له ووجه رواية اشتراط الجماعة أنها المقصود بالمسجد لا مطلق الصلاة فانما يتحقق في غير المسجد فكان تحقيق المقصود منه بصلاة الجماعة ولهذا يشترط كونها بأذن وإقامة عندهما ولو جعل له واحد مؤذناً وأما ما فاذن وأقام وصلى وحده صار مسجداً بالاتفاق لأن أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ولهذا قالوا يكره بعد صلاة المؤذن هذه أن تعاد الجماعة لمن يأتي بعده على هذا الوجه عند البعض وقولنا لا يتعين المتولى يفيد أنه لو سلمه إلى متولى جعله له صحيح وإن لم يصل فيه أحد وفيه اختلاف المشايخ والوجه الصحة لأن التسليم إلى المتولى أيضاً يحصل تمام التسليم إليه تعالى لرفع يده عنه وجه قول أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج عن الملك بلا حكم مما ساقى بأن لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت أرضي صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لأن لفظ الوقف لا يني عنه والصدقة ليس معناها إلا التصديق بالغلة وهي معدومة فلا يصح بل الوقف يني عن الإبقاء في الملك لتحصل الغلة على ملكه فيصدق بها فيحتاج إلى حكم الحاكم لإخراجه عن ملكه إلى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجداً فإنه ليس منبشاع إبقاء الملك فيحتاج إلى القضاء بزواله فإذا أذن في الصلاة فيه فصلى كما ذكرنا قضى العرف في ذلك بخروجه عنه ومقتضى هذا أمران أحدهما أنه لا يحتاج في جعله مسجداً إلى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعي لا بد من قوله وقفته أو حبسته ونحو ذلك لأنه وقف على قرية فكان كالوقف على الفقراء ونحن نقول إن العرف جار بأن الأذن في الصلاة على وجه العموم والتخليه بفيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعريض فكان كمن قدم طعاماً إلى ضيفه أو نثر ثاراً كان إذا نأى أكله والتقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم يجز عادة فيه مجرد التخليه والأذن بالاستغلال ولو جرت به عادة في العرف

وقوله (وقد بيناه من قبل) إشارة إلى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه يتأبد كالعتق والسرداب بكسر السين معرب سردابه وهو بيت (٦٣) يتخذ تحت الأرض للتبريد وقوله

(فله أن يبيعه) أي لا يكون

مسجدا وهو ظاهر الرواية

لان المسجد ما يكون خالصا

تعالى قال تعالى وان المساجد

لله أضاف المساجد إلى

ذاته مع ان جميع الاماكن

له فاقضى ذلك خلوص

المساجد لله تعالى ومع بقاء

حق العباد في أسفله أوفى

أعداءه لا يتحقق الخلوص

قوله وعن أبي يوسف انه

جوز في الوجهين) يعني

فيما اذا كان تحت سرداب

أوفوقه بيت وعن محمد انه

أجاز ذلك كله أي ما تحت

سرداب وأوفوقه بيت مستغل

أودكاين وانما ذكر قول

محمد بهذا الطريق ولم يقل

وعن أبي يوسف ومحمد مع

ان هذين القولين منهما في

الحكم سواء ليهتيا له ما ذكر

لكل واحد منهما من دخول

مخصوص في مصر مخصوص

ولانه ذكر زيادة التعميم

بلفظ الكل في قول محمد

وقوله لما قلنا يعني من

الضرورة قال (وكذلك

ان اتخذ وسط داره مسجدا)

وسط بالسكون لانه اسم

مبهم لذا خلى صحن الدار

لأنه معنى بين طرفي

الصحن وكلامه واضح

وقوله (ولانه أبقى الطريق

لنفسه) فلم يخلص لله تعالى

حتى لو عزل بابه إلى الطريق الا عظم صار مسجدا

وقد بيناه من قبل قال ومن جعل مسجدا تحت سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفلى مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفلى دون العلو وعن محمد على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعدى تعظيمه وعن أبي يوسف انه يجوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد انه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا قال (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه) يعني له أن يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصير مسجدا ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد انه لا يبيع ولا يورث ولا يوهب) اعتبره مسجدا وهكذا عن أبي يوسف انه يصير مسجدا لانه لما رضى بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير ذكر

اكتفينا بذلك كسئلنا والثاني انه لو قال وقفته مسجدا ولم يأذن في الصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجدا بلا حكم وهو بعيد وأبو يوسف رحمه الله مر على أصله من زوال الملك بمجرد القول اذن في الصلاة أو لم يأذن ويصير مسجدا بلا حكم لانه اسقاط كالاغتناق وبه قالت الاثنية وينبغي أن يكون قول أبي يوسف ان كل من فجر القول والأذن كما قال موجب لزوال الملك ومسير ورثه مسجدا المأذون من العرف (قوله ومن جعل مسجدا تحت سرداب) وهو بيت يتخذ تحت الأرض لتبريد الماء وغيره (أوفوقه بيت) ليس للمسجد واحد منهم ما فليس بمسجد (وله يبيعه ويورث عنه اذامات) ولو عزل بابه إلى الطريق (لبقاء حق العبد متعلقا به) والمسجد خالص لله سبحانه ليس لاحد فيه حق قال الله تعالى وان المساجد لله مع العلم بان كل شيء له فكان فائدة هذه الاضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف فمأذون كراما اذا كان السفلى مسجدا فان لصاحب العلو حقا في السفلى حتى يمنع صاحبه أن يتقب فيه كوة أو يتدفعه وتداعلى قول أبي حنيفة وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا مأوون البناء الا بأذن صاحب العلو وأما اذا كان العلو مسجدا فلا أن أرض العلو ملك لصاحب السفلى بخلاف ما اذا كان السرداب أو العلو موقوف فالصاحب المسجد فانه يجوز اذ لا ملك فيه لاحد بل هو من تميم مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروى عن أبي حنيفة انه اذا جعل السفلى مسجدا دون العلو جاز لانه يتأبد بخلاف العلو وهذا تعليل للحكم بوجود الشرط فان التأبد شرط وهو مع مقتضى وانما ثبت الحكم معهما مع عدم المنع وهو تعلق حق واحد وعن محمد عكسه لان المسجد معظم وهو تعليل بحكم النبي وهو متوقف على وجوده (وعن أبي يوسف انه يجوز ذلك في الاولين لما دخل بغداد ورأى ضيق الاماكن و) كذا (عن محمد لما دخل الري) وهذا تعليل صحيح لانه تعاليل بالضرورة (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس فيه) اذنا عاما له أن يبيعه ويورث عنه لان المسجد ليس لاحد حق المنع منه واذا كان ملكه محيطا بجوانبه (الاربع) كان له حق المنع فلم يصير مسجدا ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن كل من أبي حنيفة ومحمد انه يصير مسجدا لانه لما رضى أن يكون مسجدا ولم يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق حتى لو عزل بابه إلى الطريق الا عظم صار مسجدا

(قوله وقوله وقد بيناه من قبل إشارة إلى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف الخ) أقول وفيه بحث بل هو إشارة إلى قوله واذا كان الملك يزول بالقول عند أبي يوسف الخ

(قوله ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه) على بناء المقول (يبقى مسجد عند أبي يوسف) إلى أن قال وعند محمد يعود إلى ملك الباني قال في النهاية وفي الحقيقة هذه المسئلة مبينة على ما بناءه فان أبا يوسف لا يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء وإن ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن يكون مسجداً ومحمد يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء وإذا ترك الناس (٦٤) الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجداً وحكى أن محمد امر بن بلة فقال

قال (ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لأنه تجرد عن حق العباد وصار خالصاً لله وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى وإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كافي الاعتاق ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجد عند أبي يوسف لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه وعند محمد يعود إلى ملك الباني أو إلى وارثه بعد موته لأنه عنه لنوع قرينة وقد انقطعت فصار كصير المسجد وحشيشه إذا استغنى عنه الآن أبا يوسف يقول في الحصر والحشيش إنه ينقل إلى مسجد آخر

وصار داخل بلاذ كركب يدخل في الاجارة بلاذ كركب (قوله ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع ولا يورث عنه) يعني بعد صحت بشرطه وفي فتاوى قاضيان رجل له ساحة لأبناء فيها أمر قوم أن يصالحوا فيها بجماعة قالوا إن أمرهم بالصلاة فيها أبداً أو أمرهم بالصلاة بجماعة ولم يذ كر الأبد إلا أنه أراد الأبد ثم مات لا يكون ميراثاً عنه وإن أمرهم بالصلاة شهراً أو سنة ثم مات يورث لأنه لا بد من التأييد والتوقيت يتأقسه ومقتضى هذا أن لا يصير مسجداً فيما إذا أطلق إذا ادعى ترف الوارث بأنه أراد الأبد فان نيتيه لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع أمرهم عما ثبت ولو ضاق المسجد ويحنيه أرض وقف عليه أو حانوت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل أخذ بالقيمة كرهاً ولو كان طريقاً للعامة أدخل بعضه بشرط أن لا يضرب الطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه أبي جعفر عن هشام عن محمد أنه يجوز أن يجعل شيء من الطريق مسجداً أو يجعل شيء من المسجد طريقاً للعامة اهـ يعني إذا احتاجوا إلى ذلك ولاهل المسجد أن يجعلوا الرحبة مسجداً وكذا على القلب ويجعلوا الباب أو يجعلوا له باباً آخر ولو اختلفوا ينظر رأيهم أكثر ولا يله ذلك ولهم أن يهدموه ويبددوه وليس لمن ليس من أهل المحلة ذلك وكذا لهم أن يضعوا الحجاب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم وأما من مال الوقف فلا يفعل غير المتولى إلا بإذن القاضي الكل من الخلاصة إلا أن قوله وعلى القلب يقتضى جعل المسجد رحبة وفيه نظر وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد إذا أراد أن يبنى حوانيت في المسجد أو في فناءه لا يجوز له أن يفعل لأنه إذا جعل المسجد سكناً سقط حرمة المسجد وأما القضاء لأنه تنبع للمسجد (قوله ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه) أي استغنى عن الصلاة فيه أهل تلك المحلة أو القرية بأن كان في قرية غريبة وحولت مزارع يبقى مسجد على حاله عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وعن أحمد يباع نقضه ويصرف إلى مسجد آخر وكذا في الدار الموقوفة إذا خربت يباع نقضها ويصرف ثمنها إلى وقف آخر لما روي أن عمر كتب إلى أبي موسى لما تقب بيت المال الذي بالكوفة أنقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد (وعن محمد يعود إلى ملك الواقف) أن كان حياً (والى ورثته) أن كان ميتاً وإن لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر وجه قوله أنه (عنه) لقرينة وقد انقطعت فينقطع هو أيضاً وصار كصير المسجد وحشيشه إذا استغنى عنه (وقد يله إذا خرب المسجد يعود إلى ملك متخذه) وكألو كفن ميتاً فآقرسه سبع عاد الكفن إلى ملك ماله

هذا مسجد أبي يوسف يريد به أنه لما يقبل يعود إلى ملك الباني يصير من بلة عند تطاول المدة ومرو أبو يوسف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني أنه لما قال يعود ملكاً فربما يجعله المالك اصطبلًا بعد أن كان مسجدًا فكل واحد منهما ما استبعد مذهب صاحبه لما أشار إليه استدلل أبو يوسف بأنه سقط ملكه في ذلك المقدار فلا يعود إلى ملكه واستظهر بالكعبة فإن في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الأصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به عن أن يكون موضعاً للعبادة والقرينة خالصاته تعالى فكذلك في سائر المساجد ومحمد يقول عين هذا الجزء من ملكه مصر وقال في قرية بعينها فإذا انقطع ذلك عاد إلى ملكه أو ملك وارثه وصار كحشيش المسجد وحشيره إذا استغنى عنه الآن أبا يوسف يقول في الحصر والحشيش ينقل إلى مسجد آخر

قال المصنف (ولو خرب ماحول المسجد واستغنى

عنه يبقى مسجداً عند أبي يوسف إلى قوله وعند محمد يعود إلى ملك الباني) أقول قال الكاكي حكي أن محمد امر بن بلة فقال هذا مسجد أبي يوسف مر باصطبل فقال هذا مسجد محمد لأنه لما عاد إلى ملك الواقف ربما يجعله اصطبلًا لمعز الزمان انتهى في توجه ظن أبي يوسف تأمل فإن الاستبعاد في بقاءه مسجداً على تلك الحال كافي المزبلة على قول أبي يوسف وليس الاصطبل كذلك عند محمد فإنه خرج عن أن يكون مسجداً فسقط ملكه في ذلك المقدار من الزمان وكهدى

وكهـدى الاحصار اذا زال الاحصار فأدرك الحج كان له أن يصنع بهـديه ماشاء واستدل أبو يوسف  
وجهور العلماء بالكعبة فان الاجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة الآن لقائل  
أن يقول القربة التي عرفت له هو الطواف من أهل الآفاق ولم يتقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة وان  
كان لا يصح منهم لكفرهم على أن الايمان لم يتقطع من الدنيا رأسا فقد كان لمثل فس بن ساعدة أمثال  
فالاوجه أنه بعد تحقق سبب سقوط الملك فيه لا يعود كالعتق كالأبعود اذا زال الى مالك من أهل الدنيا  
الاسبب بوجوب تجديد الملك فمالم يتحقق لم يعد وأما ما قاس عليه من هدى الاحصار فليس بلازم لانه  
لم يزل ملكه قبل الذبح وكذا الكفن باق على ملك مالكه انما أباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى  
المستعير فيعود الى المعير وأما الحصر والقنديل فالصحيح من مذهب أبي يوسف أنه لا يعود الى ملك  
متخذ بل يحول الى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد ولأنه ما جعله مسجد يصل فيه أهل تلك المحلة  
لا غير بل يصل فيه العامة مطلقا أهل تلك المحلة وغيرهم وأما استدلال أحمد بما كتبه عمر لا يفيد  
لأنه يمكن أنه أمره باتخاذ بيت المال في المسجد واستدلاله بالانتفاع بالاستبدال مردود بالحديث  
المشهور وفي الخلاصة قال محمد في الفرس اذا جعله حبيسا في سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع أن  
يركب يباع ويصرف ثمنه الى صاحبه أو ورثته كافي المسجد وان لم يعلم صاحبه يشتري بثمنه فرس آخر  
يغزى عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاة ومغتسلا ووقف في محلة ومات أهلها كلهم  
لا يرد الى الورثة بل يحمل الى مكان آخر فان صح هذا من محمد فهو رواية في الحصر والبوارى أنها  
لا تعود الى الورثة وهكذا نقل عن الشيخ الامام الحلواني في المسجد والحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه  
لتفرق الناس عنه انه يصرف أوقافه الى مسجد آخر أو حوض آخر واعلم أنه يتفرع على الخلاف بين  
أبي يوسف ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد لخرب المحلة والقربة وتفرق أهلها ما اذا انهدم الوقف  
وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته أنه يبطل الوقف ويرجع النقص الى بانيه أو ورثته عند محمد خلافا  
لابي يوسف وكذا اذا خرب سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر بشئ البتة يخرج عن  
الوقفية وكذا في حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه فان لم يعرف فهو لقطعة وكذا الرباط  
اذا خرب يبطل الوقف وبصير ميراثا ولو بنى رجل على هذه الارض فالبنا للبانى وأصل الوقف لورثة  
الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظروا فلينأمل عند الفتوى غير واقع موقعه  
وفي الفتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن أوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للتولى بيعها  
ويشتري بثمنها أخرى قال نعم وروى هشام عن محمد أنه قال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين  
فللقاضى أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره وعلى هذا فينبغي أن لا يفتى على قوله برجوعه الى ملك الواقف  
وورثته بمجرد تعطله وخرابه بل اذا صار بحيث لا ينتفع به يشتري بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت  
غلته دون غلة الاول وكذا للتولى أن يبيع من تراب مسجلة اذا كان فيه مصلحة وفي فتاوى قاضخان  
وقف على مسمين خرب ولا ينتفع به ولا يستأجر أصله يبطل الوقف ويجوز بيعه وان كان أصله يستأجر  
بشيء قليل يبقى أصله وفقا انتهى ويجب حفظ هذا فانه قد تخرب الدار وصير كوما وهي بحيث لو نقل  
نقضها استأجر أرضها من بنى أو غرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع كلها للواقف مع أنه لا يرجع  
منها اليه الا النقص فان قلت على هذا تكون مسئلة الرباط التي ذكرناها مقيدة بما اذا لم تكن أرضه  
بحيث تستأجر قلنا لا لان الرباط موقوف للسكنى وامتنعت بانهدامه بخلاف هذه فان المراد  
وقف يكون لاستغلال الجماعة المسمين ولو انهدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به يساع ويحفظ  
ثمنه في يد القاضى بأمر الواقف الى أن يحتاج الباقي الى العمارة فيصرف فيه وكذا اذا بيس بعض أشجار  
الارض الموقوفة يبيعها ولا يبيع من نفس الارض لذلك ولا يعطى المستحقون شيئا من غن النقص ولا من

قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة لأنه لم ينقطع عن حق العبد ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم (وعند أبي يوسف يزول ملكه بالقول) كما هو أصله إذا التمس عليه ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد إذا استق الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط والشرط تسليم فوعه وذلك بما ذكرناه وبكتفي بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولوسلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها لأنه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنيب عنه وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليمه إلا بالتدبير للمتولى فيه وقيل لا يكون تسليمه إلا به فإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولى له عرفاً وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولى لأنه لو نصب المتولى بصره وان كان بخلاف العدة ولو جعل داره

وقوله (ومن بنى سقاية أو خاناً) ظاهر وقوله (بخلاف المسجد) يعني أن حكم الحاكم والإضافة إلى ما بعد الموت ليس بشرط في المسجد وقوله (وذلك بما ذكرناه) يعني أن التسليم يحصل بالاستتقاء والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله (في هذه الوجوه) أي في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله (ويكتفي بالواحد) ظاهر

عنه بوجه من الوجوه لأنه لا حق لهم فيما سوى الغلبة بل الحال أنه إن أمكن شراء شيء يستغل ولو قليلاً أو اجارة الأرض بشئ ولو قليلاً فعل وحفظه لم يماره مابق ولو خرب الكل وتعدران يشتري بثمنه مستغل ولو قليلاً حينئذ يرجع إلى ملك الواقف (قوله ولو بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) ولوسلمه إلى متولى (لأنه لم ينقطع حقه عنه ألا ترى أنه ينتفع به) في الحال (فله أن يسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت) ليكون وصية فيلزم بعد الموت وله أن يرجع عنه قبل موته على ما مر (كما في الوقف على الفقراء) بل أولى لأن الثابت في كل من هذه ما لفظ بنى عن الخروج عن الملك كما قدمناه في وقف وتصدق وفي هذه الأمور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعاً بعين الوقف كما ذكرناه بخلاف الوقف على الفقراء أو نحوه (بخلاف المسجد) لا يشترط في زواله عن ملكه حكم ولا وصية لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله عز وجل بلا حكم وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو أصله وقوله قول الأئمة الثلاثة كما مر (وعند محمد) لا يزول (حتى يستق الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ويدفنوا في المقبرة لأن التسليم عنده شرط) وتسليم هذه (بما ذكرناه) من سكنها الخان والرباط إلى آخره (ويكتفي بالواحد) في التسليم الموجب لزوال الملك (لتعذر فعل الجنس) أي تسليم الكل على تقدير تسليمهم (وعلى هذا البئر) إذا احتقره (والحوض) يزول الملك إذا استق منهم ما واحد أو شرب دابة ومن ذلك ما لو أدخل قطعة أرض له في طريق المسلمين وجعلها طر يقا يشترط فيه مرور واحد بانه على قول من يشترط القبض في الأوقاف وكذا القنطرة يتخذها للمسلمين تلزم مرور واحد ولا يكون بناؤها مسيراً (ولوسلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه) أعنى السقاية والخان والرباط والمقبرة والبئر والحوض (لأنه) أعنى المتولى (نائب عن الموقوف عليهم ففعله) أي تسليمه (كفعلهم) أي تسليمهم (وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليمه وقيل لا يكون) وقد قدمناه مع وجهه ووجه المصنف الصحة (بأنه) أي المسجد (يحتاج إلى من يكتسه ويغلق بابه فإذا سلم إليه صح التسليم) لأنه متولى له عرفاً واختلف في المقبرة قيل كالمسجد على القول بأنه لا يكتفي في إزالة الملك عنه التسليم إلى متولى (لأنه لا متولى له) فلا يزول الملك إلا بالدفن فيها (وقيل كالمساقية فيصح التسليم إلى المتولى) (قوله ولو جعل داره

بمكة سكنى للحاج بيت الله والمعتبرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للسكاكين أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الآن في الغلة تحمل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغنى والفقير والفارق هو العرف في الفصلين فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولأن الحاجة تشمل الغنى والفقير في الشرب والنزول والغنى لا يحتاج إلى صرف هذا الغلة لغناه والله تعالى أعلم بالصواب

بمكة سكنى للحاج والمعتبرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للسكاكين أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها) أى في السقاية والمقبرة وفي الدار المسبلة عندهما للخروج عن ملكه بذلك القدر وهو قول الأئمة الثلاثة بلا شرط الدفع إلى المتولى كقول أبي يوسف وعند أبي حنيفة له أن يرجع ما لم يحكم بذلك حاكم ثم روى الحسن عنه أنه إذا رجع بعد الدفن لا يرجع إلى المحمل الذي دفن فيه ويرجع فيما سواه ثم إذا رجع في المقبرة بعد الدفن لا ينشأ لأن النش حرام ولكن يسوى الأرض ويرزع وهذا على غير رواية الحسن والتموى في ذلك كله على خلاف قول أبي حنيفة رضي الله عنه للتعامل المتوارث هذا وتنفارق المقبرة غيرها بأنه لو كان في المقبرة أشجار وقت الوقف كان للورثة أن يقطعوها لأن موضعها لم يدخل في الوقف لأنه مشغول بها كالجوهر داره مقبرة لا يدخل موضع البناء في الوقف بخلاف غير المقبرة فإن الأشجار والبناء إذا كان في عقار وقفه دخلت في الوقف تبعاً ولو بنيت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وإن لم يعلم فالأى فيها للقاضي إن رأى بيعها وصرف عنها على عمارة المقبرة فله ذلك وتكون في الحكم كأنها وقف ولو كانت قبل الوقف لكانت الأرض موات ليس لها مالك فأتخذها أهل القرية مقبرة فلا شجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو أن رجلاً غرس شجرة في المسجد فهي للمسجد أو في أرض موقوفة على رباط مثلاً فهي للوقف إن قال القسيم تعاهدها ولو لم يقل فهي له يرفعها لأنه ليس له هذه الولاية ولا يكون غارساً للوقف ولو غرس في طريق العامة أو على شط النهر العام أو وسط الخوض القديم فهي للغارس لأنه ليس له ولاية جعلها للعامة وكذا على شط نهر القرية ولو قطعها فبنت من عروقها أشجار فهي للغارس ولو بنى رجل في المقبرة شيئاً لحفظ اللبن ونحوه إن كان في الأرض سعة جاز وإن لم يرض بذلك أهل القرية لكن إذا احتج إلى ذلك المكان يرفع البناء ليقر فيه ومن حفر لنفسه قبراً لغيره أن يقر فيه وإن كان في الأرض سعة إلا أن الأولى أن لا يوحشه إن كان فيها سعة وهو كمن بسط سجادة في المسجد أو نزل في الرباط فجاء آخر لا ينبغي أن يوحش الأول إن كان في المكان سعة وذكر الناطق أنه يضمن قيمة الحفر لجمع بين الحقين ولا يجوز لأهل القرية الانتفاع بالمقبرة الدائرة فإن كان فيها حشيش يحش ويخرج إلى الدواب ولا يرسل الدواب فيها ثم في جميع ما ذكرناه من سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البر يستوى الغنى والفقير بخلاف وقف الغلة على الغزاة فإنها تحمل للفقراء دون الاغنياء منهم قال المصنف (والفارق) فيه (العرف) فإن الواقفين من (أهل العرف) يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولأن الحاجة تشمل الغنى والفقير في الشرب والنزول) لأن الغنى لا يقدر على استحباب ما يشربه في كل مكان ولا على أن يشتري ذلك في كل منزلة من السفر وعلى هذا فيجب في الرباط أن يخص سكناه بالفقراء لأن العرف على أن بناء الأرض للفقراء وهذا فصلان في المتولى والموقوف عليه

الفصل الأول في المتولى قالوا لا يولى من طلب الولاية على الاوقاف كمن طلب القضاء لا يقلد والمتولى أن يشتري بما فضل من غلة الوقف إذا لم يحتج إلى العمارة مستغلاً ولا يكون وقفاً الصحيح حتى

وقوله (سكنى للحاج بيت الله تعالى) الحاج اسم جمع معنى الحاج كالسامر بمعنى السمار في قوله تعالى سامراً تهجدون والثغر موضع الخفاة من فروج البلدان ويقال رباط الجيش أقام في الثغر بأزاء العدو ومراقبة ورباطاً والله سبحانه وتعالى أعلم

جازه ومن سكن دار الوقف غصباً أو باذن المتولى بلا أجره كان عليه أجره مثله سواء كان ذلك مع عدم الاستغلال أو غير معده حتى لو باع المتولى دار الوقف فسكنها المشتري ثم رفع الى قاض هذا الامر فأبطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشتري أجره مثله وللمتولى أن يستأجر من يتخدم المسجد بكنسه ونحو ذلك بأجره مثله أو زيادة يتغابن فيها فان كان أكثر فالاجارة له وعليه الدفع من مال نفسه ويضمن لو دفع من مال الوقف وان علم الاجير أن ما أخذه من مال الوقف لا يحل له وله أن ينفق من ماله على حاجة الوقف ولو أدخل جذاً من ماله في المسجد كان له الرجوع كالوصي إذا أنفق على الصغير وله أن يشتري من غلة المسجد دهناً وحصيراً وأجرًا وحصلاً فرش المسجد ان كان الواقف وسع فقال بفعل ما يراه مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له ان يشتري ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل ما عمل من قبله ولا يستدين على الوقف الا اذا استقبله أمر لا بد منه فيستدين بأمر القاضي ويرجع في غلة الوقف وذلك كرايا الناطق وكذا له أن يستدين لزراعة الوقف ويزرع بأمر القاضي لان القاضي يملك الاستدانة على الوقف فصح بأمره بخلاف المتولى لا يملكه والاستدانة أن لا يكون في يده شيء فيستدين ويرجع أما اذا كان في يده مال الوقف فاشتري ونقص من مال نفسه فإنه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشتري ونقص الثمن من مال نفسه له أن يرجع وائس له ان يرهن دار الوقف فان فعل وسكنها المهرتين ضمن أجره المثل ولو أنفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم أنفق من ماله مثله في الوقف جاز ويرأى عن الضمان ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامناً للكل ولو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة فاحتج الى مال لدفع شرهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة وقف المسجد الجامع يجوز للحاكم أن يصرفه الى ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله أن يبنى على باب المسجد ظله لدفع اذى المطر عن الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته أو ترميمه فلا يصح والاصح ما قاله ظاهر الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء اذا كان على عمارة المسجد لا يشتري منه الزيت والحصى ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن ان فعل ومن وقف وقفاً ولم يجعل له متولياً حتى حضرته الوفاة فأوصى الى رجل قالوا يكون وصياً وفيما هذا في قول أبي يوسف لان التسليم ليس بشرط فصح الوقف في حياته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له فيما ثم حضرته الوفاة فأوصى لا يكون هذا الوصي فيما في الوقف قيم مسجد مات فاجتمع أهل المسجد على جعل رجل فيما بغير أمر القاضي فقام وأنفق من غلات وقف المسجد في عمارته اختلف المشايخ في هذه التولية والاصح لا تصح بل نصب القسيم الى القاضي لكن لا يضمن ما أنفق في العماره من غلاته اذا كان أجر الوقف وأخذ الغلة فأنفق لانه اذا لم تصح ولايته فإنه غاصب والغاصب اذا أجر المغصوب كان الاجر له ويتصدق به كذا في فتاوى قاضيخان وأنت تعلم أن المفتي به تضمين غاصب الاوقاف بخلاف ما اذا كان وقف على أرباب معلومين فان لهم أن ينصبوا متولياً من أهل الصلاح لكن قيل الاولى أن يرفعوا أمرهم الى القاضي لينصب لهم وقيل بل الاولى في هذا الزمان أن لا يفعلوا وينصبوا لهم وليس للشرف أن يتصرف في مال الوقف بل وظيفة الحفظ لا غيره وهذا يختلف بحسب العرف في معنى الشرف وللمتولى أن يفوض الى غيره عند موته كالوصي له أن يوصي الى غيره الا انه لو كان الواقف جعل لذلك المتولى ما لا يسمى لم يكن ذلك لمن أوصى اليه بل يرفع الامر الى القاضي اذا تبرع بعمله ليفرض له أجر مثله الا أن يكون الواقف جعل ذلك لكل متول وليس للقاضي أن يجعل للذي أدخله ما كان الواقف جعله للذي كان أدخله لان الواقف في هذا ما ليس للحاكم وكذا اذا أخذ المتولى من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا في ثلاث هذه احدها والثانية اذا أودع السلطان الغنime عند بعض الغائبين ومات ولم يبين عندهم أودع والثالثة

القاضي اذا اخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عنده من أودع لاضمان عليه أمواله كان القاضي  
أخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكركه هشام عن محمد انه يضمن ولو قال قبل موته ضاع  
مال اليتيم عندي أو أنفقته عليه ومات لا يكون ضامنا أموالا لمات قبل أن يقول ضمن وكذا الوبايع  
المتولى دار الوقف ومات ولم يبين أين العن فإنه يكون دينافي تركته والناس أن يأخذوا المتولى بتسوية  
حائط الوقف اذا مال الى أملا كهم فإن لم تكن له غلة يرفع الى القاضي ليأمر بالاستدانة لاصلاحها وله أن  
يبني قرية في أرض الوقف للاكره وحفاظها وليجمع فيها الغلة وأن يبني بيوتا يستغلها اذا كانت الارض  
متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة فإن كان زراعتها أصح من الاستغلال لا يبني وفي النوازل في اراض  
ما فضل من مال الوقف قال ان كان أرض الغلة أرجو أن يكون واسعاً ولا يؤثر الوقف اجارة طويلة وأكثر  
ما يجوز ثلاث سنين وليس له الاقالة الا ان كانت أصح للوقف ولو زرع الواقف أو المتولى أرض الوقف  
وقال زرعتما نفسي وقال المستحقون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولى في هذا نقصان الارض  
وليس عليهما أجر مثل الارض ويقول القاضي له ازرعها للوقف فإن قال ليس للوقف مال ازرعها به بأمره  
بالاستدانة لذلك فإن قال لا يمكنني يقول لاهل الوقف استدينوا فإن قالوا لا يمكننا بل نزرع لأنفسنا  
لا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو أحق به ولا يخرج عنه الا أن يكون غير مأمون ذكره هذه المسئلة  
بقر وعها في فتاوى قاضيان وغيره وينعزل الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاص لان  
دام أقل من ذلك ولو عاد اليه عقله وبرأ من علمته عاد اليه النظر ولناظر أن يوكل من يقوم بما كان اليه  
من أمر الوقف ويجعل له من جعله شيئاً وله أن يعزله ويستبدل به أو لا يستبدل ولو جن انعزل وكيله ويرجع  
الى القاضي في النصب ولو أخرج حاكم قضايات أو عزل فتمت عدم المخرج الى القاضي الثاني بأن ذلك  
القاضي أخرجه بلا حجة لا يدخله لان أمر الاول محمول على السداد ولكن بكلفه أن يقيم عنده بيته أنه  
أهل وموضع للنظر في هذا الوقف فان فعل أعاده وكذا لو أخرجه لفسق وخيانة فبعد مدة أناب الى الله  
وأقام بيته أنه صار أهلاً لذلك فإنه يعيده وليس على الناظر أن يفعل الا ما يفعله أمثاله من الأمر والنهي  
بالمصالح وبصرف الاجرم من مال الوقف للاملة بأيديهم ولذا قلنا الوصي أو طرش أو خرس أو فليج ان كان بحيث  
يمكنه الكلام من الأمر والنهي والاخذ والاعطاء فله الاجر الذي عينه له الواقف ولناظر في الوقف على  
الفقر أن يعطى قوماً مدة وله أن يقطعهم ويعطى غيرهم فكيف لا يدخل كثرة بحيث يحاصرونهم  
وفي وقف الخصاص ان حكم القاضي أن لا يعطى غير هذا الرجل لم يعط غيره ومالك يحكم بذلك له أن يعطى غيره  
ويحرمه لان في كل منهما تمت فبشرط الواقف وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بالشرط  
حتى ظفرت في المسئلة بقوله ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

**الفصل الثاني في الموقوف عليه** وقف على زيد ثم المساكين فرد زيد فهو للمساكين وكذا على زيد  
وعمر فرد أحدهما أو ظهر أنه كان ميتاً فنصيبه للمساكين وكذا اذا راد جميعاً ومن قبل بعد الرد لا يعود  
ومن أخذ سنة ليس له أن يرد بعد ذلك أما لو قال لا أقبلها سنة وأقبل ما سوى ذلك فإنه يجوز وحصلته من  
هذه السنة للباقي من أهل الوقف ثم يشار كهم فيما بعدها ولو قبل سنين وسماها اليه له أن يرد ما قبل بعدها  
على ولده وقوله على ولد فلان أبداً ما تناسلوا فرد الموقوفون صار الفقراء فإذا جاء من بعدهم رجع من  
الفقراء اليهم الا أن يردوه ولو ردوا أحد منهم فقط فالغلة كلها من قبل ويجعل من لم يقبل كالميت بخلاف  
مال أو وصى بثلثة لولد عبد الله وكانوا يوم مات أربعة فردوا حصته لورثة الموصي وهذه مما افترق فيه  
الوصية والوقف والفرق ذكره هلال وغيره وعلى فلان وولده فرد فلان لم يعمل رده في رد مال ولده صغارا  
كانوا أو كباراً وقف على ولده ثم للمساكين فلو ولد صلبه يستوي فيه الذكر والانثى الا أن يخص صنفاً مادام  
واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له لا يشاركه من دونه من البطون فان

كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية وبه أخذ هلال وعنه محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية ثم اذا ولد  
 للواقف ولد لصلبه رجع من ابن الابن اليه ولو ضم الى الولد ولد الولد فقال على ولدي وولد ولي ثم للساكن  
 اشترك فيه الصليبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته كذا اختاره هلال والخصاف وصححه في فتاوى قاضيخان  
 وأنكر الخصاف رواية حرمان أولاد البنات وقال لم أجدهم يقوم برواية ذلك عن أصحابنا وانما روى عن  
 أبي حنيفة فيمن أوصى بثلاثة لولد زيد بن عبد الله فان وجد له ولد كور وإنما لصلبه يوم يموت الموصي  
 كان بينهم فان لم يكن له ولد لصلبه بل ولد لولد من أولاد الذكور والبنات كان لولد الذكور دون البنات  
 فكانهم قاسوا على ذلك وهذه هي وزان المسئلة الاولى وفرق شمس الأئمة بينها وبين هذه بأن ولد الولد اسم  
 لمن ولده ولده وبنته ولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول  
 ولده لصلبه وانما وضع في ولد ابنه لانه ينسب اليه عرفا قال وذكر محمد رحمه الله ان ولد الولد يتناول ولد  
 البنت عند أصحابنا لكن ذكر المصنف في التجنيس ان الفتوى على ظاهر الرواية فقد اختلفوا  
 في الاختيار والوجه الذي ذكره شمس الأئمة من صدق ولد الولد على ولد البنت صحيح من حيث اللغة لكن  
 وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يتبادر من قول القائل ولد لولد فلان كذا وكذا ولد ابنه وكلام  
 الواقفين منصرف الى العرف فان تخاطبهم به بخلاف ما اذا لم يصف الى الولد كما يقال ولدت فلانة فانه يقال  
 أولدت ذكرا أو أنثى فان هذا الاستفهام ظاهر في عدم فهم الذي كره بخصوصه واذا عرف الاختلاف  
 في دخول أولاد البنات في أولاد أولادى فيجب فيما لو قال على الذكور من أولادى وأولاد أولادى ادخال  
 ابن البنت على الخلف لا يدخل على ظاهر الرواية لانه ليس ابن ولد الولد وعلى الرواية الاخرى يدخل ثم اذا  
 انقرض ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولو قال ولدي وولد ولي وولد ولي صرفت الى أولاده أبدا  
 ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء ما كان من نسله واحدا ويستوى الاقرب والابعد الا أن يرتب الواقف  
 ولو قال أولادى بلفظ الجمع يدخل التسلسل كله كذا كرات الطبقات الثلاث بلفظ ولدي ولو قال ولدي  
 وأولادهم وله أولاد أولادى مات أباءهم قبل الوقف لا يدخلون مع أولاد الاولاد الموجودين لانه لما قال بعد  
 موت أولئك على أولادى فائما أراد الموجودين وضمير أولادهم يرجع اليهم خاصة بخلاف أولادى وأولاد  
 أولادى لا موجب لقصره على الاولاد الموجودين فتدخل أولاد الذين ماتوا من قبل معهم ولو قال أولادى  
 وهم فلان وفلان وفلان وبعدهم للفقراء مات أحد الثلاثة أعطى نصيبه للفقراء لا للباقيين من اخوته  
 بخلاف ما لو لم يقل فلان وفلان وفلان بل أولادى ثم الفقراء يصرف الكل للواحد اذا مات من سواء  
 ولو قال على بنى وله ذكرا ن صرف اليهم ما وان كان واحدا فله النصف والنصف الآخر للفقراء لان أقل  
 الجمع اثنان فائما جعل مستحق كله اثنين وعليه فرع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدي وليس  
 في ولده محتاج الا واحد ان النصف له والنصف الآخر للفقراء غير أنه يشك بأولادى فانه يصرف للواحد  
 الكل الا أن يكون عرف في أولادى يخالف كل جمع لمادة غيره كبنى والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير  
 لفظ أولادى ونقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما لو أعطى القيم نصيب الفقراء لواحد أجاز أبو يوسف  
 لان الفقراء لا يحصون فكان المقصود بالجنس ومنعه محمد للجمعية فوجب اعطاء اثنين وتدخل البنات  
 في قوله بنى واختاره هلال وعنه أبي حنيفة اختصاص الذكور به قال بعض المشايخ في  
 المسئلة روايتان انتهى والوجه الدخول لما عرف في أصول الفقه وعليه بنوا قول المستأمن آمنوني على  
 بنى تدخل البنات قال في الخلاصة وهذا انما يستقيم في بنى أب يحصون أمافي لا يحصون فيصح ان يقال  
 هذه المرأة من بنى فلان انتهى يعني فتدخل المرأة بلا تردد ولو لم يكن له البنات صرفت الغلة للفقراء وعلى  
 بناتى لا تدخل الذكور ثم المستحق من الولد كل من أدرك خروج الغلة عاقل بطن أمه حتى لو حدث ولد  
 بعد خروج الغلة بأقل من ستة أشهر استحق ومن حدث الى تمامها فاعدا لا يستحق لانا نتيقن بوجود

الاول في البطن عند خروج الغلة فاستحق فلومات قبل القسمة كان لورثته وهذا في ولد الزوجة أمالو  
 جاءت أمته بولد لقل من ستة أشهر فاعترف به لا يستحق لانه منهم في الاقرار على الغير أعني باقي المستحقين  
 بخلاف ولد الزوجة فانه حين يولد ثابت النسب ولومات الواقف من غير تخال وقت يمكن فيه الرجوع الى  
 أهله فجاءت بولد لستين من يوم وقف استحق من كل غلة خرجت فيما بين ذلك وكذا لو طلقها عقب الوقف  
 بلا تخال مدة كذلك بخلاف ما اذا كان الموت والطلاق بعد زمان يمكن فيه الرجوع لاحتمال انه من جل  
 حدث وخروج الغلة التي هي المناط وقت انعقاد الزرع حبا وقال بعضهم يوم يصير الزرع مئة وما ذكره  
 في فتاوى قاضيان وهذا في الحب خاصة وفي وقف الخصاص يوم طلعت الثمرة وبقي أن يعتبر وقت  
 أمانه العاهة كافي الحب لانه بالانعقاد بآمن العاهة وقد اعتبر انعقاده وأما على طريقة بلادنا من اجارة  
 أرض الوقف لمن يزرعها نفسه بأجرة تستحق على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فيجب اعتبار  
 ادراك القسط فهو كادراك الغلة فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق  
 هذا القسط ومن لا فلا وهذا كماه بخلاف ما لو قال على أصغر ولدي أو العيمان منه أو العور فان الوقف  
 يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعبي يوم الوقف لا يوم الغلة بخلاف الوقف على ساكني البصرة مثلا  
 وبغداد يعتبر سكني البصرة يوم الغلة والاصل ان ما كان لا يزول فهو كالاسم العلم وكذلك اذا زال على وجه  
 لا يمتثل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف بخلاف الفقر وسكني البصرة يمتثل العود بعد الزوال ولو قال من  
 خرج يسقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كالموقوف على الايامي على أن من تزوجت سقط سهمها  
 فتزوجت بواحد ثم طلقت لا يعود الا ان كان نص على ذلك وكل من مات من المستحقين اذ لم يبين الواقف  
 حال حصته بعد موته يقسم على الباقيين فقد تنقض القسمة في كل سنة ويعطى الغني والفقير من الاولاد  
 الا أن يعين المحتاجين من ولده فيلزم من ادعى الحاجة منهم لا يعطى ما لم يشتمل عند القاضي ولو تعارضت  
 بينتافره وغناه حرم تعدد البينة غناه لانها أكثر اثباتا ومن ولد لقل من ستة أشهر من وقت خروج الغلة  
 لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة في بطن أمه ولذا لم يجعل نفقة الحامل في مال من في بطنها  
 واستحق عند الخصاص لانه كان مخلوقا قبل مجيء الغلة ولا مال له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للساكنين ومن  
 افتقر بعد الغني رجع اليه الكل وفي وقف الخصاص رجع الله لواجبته عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى  
 قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا أنظر الى من كان فقيرا وقت الغلة ثم  
 استغنى فأعطيه بخلاف من لم يكن موجودا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئا بل مما بعده او كذا  
 لو خص عيمان أولاده ونحوه تعيينا واحتاج الذي يصرف اليه من تدفع اليه الزكاة ولا يكون له أرض  
 أو دار يستغلها وان لم تنف غلته بكفايته حتى يبيعها وينفق منها أو يفضل منه أقل من نصاب بخلاف الدار  
 التي يسكنها وعبد الخدمة وليس الموقوف عليهم الدار سكنها بل الاستغلال كالمسكن للموقوف عليهم  
 السكنى الاستغلال واعلم انه اذا ذكر أولاده وأقاربه صح للغي والفقير منهم الا أن يختص الفقراء كما ذكرنا  
 وأما غيرهم قال شمس الائمة اذا ذكر مصرفا فيهم تنصيص على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون أولا  
 يحصون لان المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون  
 فذلك صحيح لهم باعتبار أعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا ان كان في لفظه ما يدل على الحاجة  
 استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كالتمسح بالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون  
 أغنيائهم فأنبئني على هذه مالو وقف على الرجال أو النساء أو المسلمين أو الصبيان أو على مضر أو ربيعة أو  
 على تميم أو بني هاشم لا يجوز شيء من ذلك لانتظامه الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا يميز في  
 الاستعمال ونص الخصاص على ان الوقف على الزماني والعيمان والعور وباطل من قبل أنه ينظم الغني  
 والفقير وهم لا يحصون وكذا على قراءة القرآن وعلى الفقهاء وقال على أصحاب الحديث أو الشعراء كل ذلك

باطل لما ذكرنا والذي يقتضيه الضابط الذي ذكره شمس الأئمة انه يصح على الزمى والعيان وقراء القرآن  
والفقهاء وأهل الحديث وبصرف الفقراء منهم كاليتامى لاشعار الاسماء بالحاجة استعمال الان الهوى  
والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر وقد صرح في الوقف على الفقهاء باستحقاق  
الفقراء منهم وهو فرع الصحة والمسئلة المذكورة في آخر فصل المسجد من الهداية تفيد ذلك وهى ما اذا جعل  
غلة أرضه وقفاً على الغزاة انه يصح وبصرف الى فقراء الغزاة مع ان اسم الغزاة ينتظم الغنى والفقير وهم  
لا يحصون غير انه يشعر بالحاجة وأنص في وقف هلال على جوارزه على الزمى ويدفع لفقرائهم وصرح في  
وقف انصاف بصحة الوقف على أرامل بنى فلان وانه لكل أرملة كانت يوم الوقف أو حدثت سواء كن  
يحصين أو لا وهو للفقراء منهم اذا كانت بالغه فن أعطى منهم أنجزاً والأرملة المستحقة كل بالغه كان لها  
زوج وطفلهما أو مات وخالفوا فى الأباى فاذا وقف على أباى بنى فلان وبعدهن للساكنين أو أباى قرابى  
ان كن يحصين فالوقف جائز وغلته للغنية والفقيرة وأن كن لا يحصين لم يجز الوقف فيكون للساكنين والايام  
المستحقة كل أنى جومعت ولو بفجور ولا زوج لها بالغه أو لا ولو قال على كل نيب من بنى فلان أو من  
قرابى فان كن يحصين جاز لهم ولكل من يحدث منهم وان كن لا يحصين في وقت قبضة من القسم فهو  
باطل والغلة للساكنين والنيب كل من جومعت ولو بفجور ولها زوج أو لا وان لم تبلغ ولا بكار قرابى  
أو بنى فلان فان كن يحصين فهو لهم ولن يحدث أبداً وان كن لا يحصين فالوقف عليهن باطل وهو  
للساكنين والبكر من لم تجامع وان كانت العذرة زائلة وفى كل ما لا يحصى من ذكرنا أنه لا يصح معه الوقف  
لوقيد فقال للفقراء منهم جاز ومن أعطى أجراً كالوقف على الاقارب وقف على أهل بيته ثم المساكين  
دخل الغنى والفقير من يناسبه الى الاب الذى أدرك الاسلام أسلم ذلك الاب أولاً من كان موجوداً حال  
الوقف أو حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لاقول من ستة أشهر من محبى الغلة ولو كانوا  
مرفوقين لقوم أو كفار أو ذميين ولا يدخل فى ذلك الاب ويدخل أبوالواقف وأجداده وولده لصلبه وأولاد  
الذكور منهم وان سفوا ولا تدخل أبناء البنات من ولده الا اذا كان أبائهم من يناسبه الى ذلك الجسد الذى  
أدرك الاسلام ولا يدخل الواقف وأولاد عياله ولا أولاد اخوانه اذا كان أبائهم من قوم آخرين وقوله  
على آلى وجنسى كآهل بيتى ولا يخص الفقراء منهم الا ان خصهم وقوله على الفقراء منهم وعلى من اقتقر  
منهم سواء حيث يكون لمن يكون فقيراً وقت الغلة وان كان غنياً وقت الوقف ولا يتقيد عن كان غنياً فافقر  
على الصحيح ولو وقف على قرابته فهو لمن يناسبه الى أقصى أب فى الاسلام من قبل أبيه أو الى أقصى أب له  
فى الاسلام من قبل أمه لكن لا يدخل أبوالواقف وأولاده لصلبه وفى دخول الجسد روايتان وظاهر  
الرواية لا يدخل ويدخل أولاد البنات وأولاد المات والخالات والأجداد العلون والجدات ورجى  
وأرحامى وكل ذى نسب منى كالقرابة وعلى عيالى يدخل كل من كان فى عياله من الزوج والولاد والجدات  
ومن كان يعوله من ذوى الرحم وغير ذوى الرحم واذا عرف هذا فلو قال على أهل بيتى فاذا انقرضوا فعلى  
قرابى فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن يناسبه من قبل أبيه ولو عكس فقال على قرابى فاذا انقرضوا فعلى  
أهل بيتى لم يصح ومثله لو قال على اخوتى فاذا انقرضوا فعلى اخوتى لأبى وله اخوة متفرقون إذ بعد انقراض  
الكل لا يبقى له أخ فيكون بعد انقراضهم للساكنين وعلى جيرانهم يجوز زعمهم عند أبى حنيفة رضى الله عنه  
الملاصقون فهو لجميع من فى كل دار لاصقته من الاحرار ولو كانوا أهل ذمة والعبيد بالسوية قربت  
البواب أو بعدت وعند أبى يوسف هم الذين تجتمعهم محلة واحدة أو مسجد واحد فان جعلتهم محلة واحدة  
وتفرقوا فى مسجدين فهى محلة واحدة ان كان المسجدان صغيرين متقاربين فان تباعدوا كان مسجد  
عظيم جامع فكل أهل مسجد جيران دون الآخرين وقال محمد بن الملاحون السكان سواء كانوا مالكيين  
لداراً ولاوسياً أى بقية هذا ان شاء الله تعالى ولا يدخل الارقا ومن انتقل من الجوار على الخلاف فى  
الجار بطل حقه من الوقف

## ﴿ كتاب البيوع ﴾

لما فرغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها وذكر البيوع بعد الوقف لأن كلامهما من زيل للآل والبيع في اللغة تعليق المال بالمال وزيد عليه في الشرع فقيل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحاً يقال باع الشيء إذا شراه ويقال باعه الشيء وباع منه ولاشتماله على الأنواع إلا في ذكرها جعوه وجواز ثابته بالكتاب بقوله تعالى وأحل الله البيع والسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقرهم على ذلك والتقرير بأحد وجوه السنة وبالأجماع فانه لم ينكره أحد من الملبين وغيرهم والمعقول وهو سلب شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك وقد بينا ذلك في التقرير وركنه الإيجاب والقبول أو ما دل على ذلك وشرطه من (٧٣) جهة العاقلين العقد والتميز ومن جهة

## ﴿ كتاب البيوع ﴾

## ﴿ كتاب البيوع ﴾

عرف ان مشروعات الشارع منسجمة الى حقوق الله تعالى خاصة وحقوق العباد خاصة وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب وما اجتمع فيه وحق العباد غالب فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخاصة وغيرها حتى أتى على آخر أنواعها ثم شرع في حقوق العباد وهي المعاملات ثم في ترتيب خصوص بعض الابواب على بعض مناسبات خاصة ذكر في مواضعها ووقع في آخرها ترتيب أول أقسام حقوق العباد أعني البيع على الوقف وجهه ان الوقف اذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا الى مالك وفي البيع الى مالك فترى الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدم في التعليم هكذا ذكر ولا يخفى شروعه في المعاملات من زمان فان ما تقدم من اللقطة واللقطة والمفقود والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر فقدير اذ به المقصود فيجمع باعتبارها كما يجمع المبيع وقدير اذ به المعنى وهو الاصل فجمعه باعتبار أنواعه فان البيع يكون سلباً وهو بيع الدين بالعين وقلبه وهو البيع المطلق وصرفاً وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة وهو بيع العين بالعين وبخيار ومنجز أو مؤجل الثمن ومراجحة وتولية ووضع وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه اذا أخرج العين عن ملكه اليه وباعه أى اشتراه ويتعدى بنفسه وبالخرق باع زيد الثوب وباعه منه وأما مفهومه لغة وشرعاً فقال نحر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي اهـ والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضاً فانه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده إلا أنه استقبل به بالتراضي وان الاخذ غصبا واعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه وشرعية البيع بالكتاب وهو قوله تعالى وأحل الله البيع والسنة وهي قوله عليه الصلاة والسلام يا معشر التجار إن بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتبايعون فقرهم عليه والاجماع منه قد عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل وذلك ان الانسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته من حرث الارض ثم بذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته ثم تذر بته ثم تنظيفه وطحنه بيده ويحنه وخبزه لم يقدر على مثل ذلك وفي الكتان والصوف للبس وبنائه ما يظله من الحر والبرد الى غير ذلك فلا بد من ان تدفعه الحاجة الى أن يشتري شيئاً

المحل كونه ما لا منقوماً مقدور التسليم وحكمه افادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعاً فلا يشك في تصرف المشتري في المبيع قبيل القبض بالبيع فانه تمتع مع كونه ملكاً لان ذلك التصرف ليس بشرع مطلقاً انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعقق القريب وملك المنفعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن وأنواعه باعتبار المبيع أربعة بيع السلع بثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين أعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلماً وباعتبار الثمن كذلك المساومة وهي التي لا تلتفت

الى الثمن السابق والمراجحة والتولية والوضعية وسيأتي تفسيرها

( ١٠ - فتح القدير خامس )

## ﴿ كتاب البيوع ﴾

(قوله فقيل هو مبادلة الخ) أقول سيصرح الشارع في فصل في البيع من كتاب الوكالة بأن هذا الحد حد كل واحد من البيع والشراء فكل ما صدق عليه هذا الحد بيع من كل وجه وشراء من كل وجه فراجعه (قوله فان تعلق البقاء المقدور) أقول من القدر (قوله ومن جهة المحل كونه ما لا منقوماً) أقول تقوم شرط البيع الصحيح والكلام فيما يبيع الفاسد أيضاً (قوله ببيع السلع الخ) أقول المراد بالسلعة ما ينجر به مطلقاً عوضاً وعقاراً لا ما يقابل العقار فلا يحتل الحصر وسيجيء في هذا الكتاب بعد ورقتين نعيم السلع للدور والعبيد والنياب

قال (البيع ينقذ بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي) مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر اشترت لان البيع انشاء تصرف

ويقتضى من اوله شيء فلو لم يشرع البيع سببا للملك في البدلين لاحتاج أن يؤخذ على التغالب والمفاهرة أو السؤال والشحاذة أو يصبر حتى يموت وفي كل منهما لا ينجح من الفساد وفي الثاني من الذل والصغار ما لا يقدر عليه كل أحد ويرى بصاحبه فكان في شرعيته بقاء المكلفين المحتاجين ودفع حاجاتهم على النظام الحسن وشرطه في المباشر التميز والولاية الشرعية للكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة وغير ذلك فصح بيع الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره في المبيع كونه مالا متقوما مشروعا مقدورا التسليم في الحال أو في نائي الحال فيدخل السلم وقد قالوا بشرطه منها بشرط الانعقاد وهو التميز والولاية وكون المبيع متقوما ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك غيره توفى النفاذ على الاجازة بمن له الولاية وأما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتبادل الملك فيهما وهذا مفهوم الاسم شرعا وقد يكون ذلك الفعل قولاً وقد يكون فعلاً غير قول كما في التعاطي كما سيأتي وقد يكون الرضا بائناً وقد لا يكون فان لفظ بعث مثلاً ليس عليه لبثوث الرضا بل أمانة عليه فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للطرف كذا يتحقق بعث واشترت ولا رضا كما في بيع المكره وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزءاً من البيع الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعا (قوله البيع ينقذ بالايجاب والقبول) يعني اذا سمع كل كلام الآخر ولو قال البائع لم أسمع ولم يسمع به صمم وقد سمع من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص بالمعالم حكمه وأما قلنا هذا لانه قال ينقذ بالايجاب والقبول فجعله ما غيره ثبتت هو به ما مع ان البيع ليس الا بالايجاب والقبول لانهم ما ركنه على ما حققناه آنفاً من ان ركنه الفعل الدال الى آخره هذا ولكن الظاهر أن المراد بالبيع هنا ليس الانفس حكمه لانه في ذلك الحكم وما قبل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادراً على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لانه هو الذي يثبت به قدرة التصرف فالمتحقق من الشرع ليس الا ثبوت الحكم المعروف من تبادل الملكين عند وجود الفعلين أعني الشطرين بوضعهما سبباً له شرعاً وليس هنا شيء ثالث فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل فاذا امتنع أن يراد الفعل الخاص لزوم الآخر والايجاب لغة الاثبات لا شيء كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أو لا سواء وقع من البائع كبعث أو من المشتري كان يبتدئ المشتري فيقول اشترت منك هذا بألف والقبول الفعل الثاني والا فكل منهما ايجاب أي اثبات فسمي الاثبات الثاني بالقبول تمييزاً له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولاً ورضاً بفعل الاول وحيث لم تصح ارادة اللفظين بالبيع بل حكمه ما هو الملك في البدلين وجب أن يراد بقوله ينقذ بثبت أي الحكم فان الانعقاد انما هو للفظين لا للملك أي انضمام أحدهما الى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي وقولنا في القبول انه الفعل الثاني يفيد كونه أعم من اللفظ وهو كذلك فان من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلال والركوب والبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع وكذا اذا قال بعثتك بألف فقبضه ولم يقل شيئاً كان قبضه قبولاً بخلاف بيع التعاطي فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعدم معرفة الثمن فقط وسأني في جعل مسئلة القبض بعد قوله بعثتك بألف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظراً وفي فتاوى قاضيان قال اشترت منك هذا بكذا فتصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرق فاجاز وكذا اشترت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قبضاً فقطعه قبل التفرق وقوله (اذا كانا بلفظي الماضي مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر اشترت) قال المصنف (لان البيع انشاء تصرف) أي اثبات تصرف يفيد حكماً يثبت جبراً

قال رحمه الله (البيع ينقذ بالايجاب والقبول) الانعقاد ههنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل والايجاب الاثبات ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين ايجاباً لانه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل يسمى كلامه قبولاً وحيث لا يخفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم ايجاباً والمتأخر قبولاً وشرطه أن يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل أن يقول الموجب بعث والمجيب اشترت لان البيع انشاء تصرف شرعي

قال المصنف (البيع ينقذ بالايجاب والقبول الخ) أقول يجي من المصنف في آخر باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ان حد البيع بمبادلة المال بالمال بالتراضي

وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به أما أن البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة  
وأما كونه شرعية فلا نكلام في البيع شرعا وأما أن كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقى الامور الشرعية لا يكون الامنة  
والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعتقه بهذا تقرير كلام الشيخ رحمه الله فلا بد من ضم شيء الى ذلك وهو أن يقال  
وكان استعماله بلفظ الماضي والا يتم الدليل وهو ظاهر قال رحمه الله (ولا ينعتق بلفظين أحدهما الماضي والاخر بلفظ المستقبل)  
وانما لا ينعتق بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصر عليه ولان  
لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة لا يباع وان كان من جانب المشتري كان مساومة وقيل هذا اذا كان اللفظان أو  
أحدهما مستقبلا بدون نية الايجاب في الحال وأما اذا كان المراد ذلك فينعتق البيع وأسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي  
ثم قيل في تعليقه لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية وقيل لان هذا (٧٥) اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال

ضرب تجوز وفيه بحث لان  
المدكور لفظ المستقبل  
وهو انما يكون بالسبب  
أو سوف وهو لا يحتمل الحال  
ولا وضع له فان أراد الشيخ  
من لفظ المستقبل ذلك فلا  
خفاء في عدم انعقاد البيع  
به ونية الحال غير صحيحة  
لعدم مصادفها الحال وان  
أراد ما يحتمل الاستقبال  
وهو صيغة المضارع فيجوز  
أن يقال انه لم يقل بالجواز به  
وان كان بالنية لانها انما  
تعمل في المحتملات لافي  
الموضوعات الاصلية والفعل  
المضارع عند الفقهاء  
حقيقة في الحال على ما عرف  
فلا يحتاج الى النية ولا  
ينعتقه الامر من الاثر  
والمعقول لا يقال سلمنا انه  
حقيقة في الحال لكن النية  
انما هي لدفع المحتمل وهو  
العدة لا لارادة الحقيقة لان

والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعتقه ولا ينعتق بلفظين أحدهما لفظ  
المستقبل والاخر لفظ الماضي بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك

(والانشاء) على هذا الوجه لا (يعرف) الا (بالشرع) لما فيه من اثبات معنى يكون اللفظ علة له والعبد  
لا يقدر على ذلك انما له قدرة الاخبار عن الكائن أو ما سيكون وطلبه فقولهم من الانشاء التمني والترجي  
والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية ما لا خارج لعنايه يطابقه أو لا يطابقه انشاء وهو يعبر ما ذكر وغيره  
مما يباينه ألا ترى أن لفظ لعن زيد يأتي وليت لي ما لا ليس علة لترجي ذلك واتميه بل دال على الترجي  
والتمني القائلين بالنكاح كانه أخبر عن قيامه به غير أن أهل الاصطلاح لا يسمونه اخبارا لما قلنا  
بخلاف بيع وطالق فانه علة تثبت به شرعا معان لا قدرة للنكاح على اثباتها والحاصل ان الانشاء على هذا  
الوجه لا يمكن الا بمن له الخلق والامر تبارك الله رب العالمين سواء سمي غيره انشاء اصطلاحا ولا اذا كان  
الانشاء لا يعرف الا بالشرع ولم يوضع له في اللغة لفظ يخصه والشرع استعمل في اثباته من اللغة لفظ الخبر  
أي وضعه علة لاثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعتق أي يثبت به وأما تعليقه بان لفظ الماضي أدل على  
الوجود فانه لا يصدق الا بتحقق الوجود سابقا فاختير له فربما يعطى قصر العلية عليه وليس كذلك بل  
الوجه أنه تعليل أولوية لفظ الماضي بأن يستعمل فيه من غيره فانه لا يقتصر عليه كما سنعلم (قوله)  
ولا ينعتق بلفظين أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح) فانه اذا قال زوجتي فقال زوجتك ينعتق  
بمجرد ذلك أما البيع فاذا قال بعنيه بألف فقال بعتك لا ينعتق حتى يقول الاول اشتريت ونحوه وهذا  
ونحوه مما قال الطحاوي انه ينعتق بثلاثة ألفاظ قال (وقد مر الفرق هناك) يعني قوله لان هذا  
توكيل يعني زوجتي فاذا قال زوجتك كان ممثلا أمر الموكل من وجهه ووليها من زوجها والواحد يتولى  
طرف عقد النكاح بخلاف البيع وقد مر من قال ان لفظ الامر في النكاح جعلت ايجابا لان النكاح  
لا يصح بالخطبة فيه وطلبه لا بعدم ارجاع وتأمل واستحضارة غالبا فلا يكون لفظ طلبه أعني زوجتي  
مساومة بل تحقيقا فاعتبر ايجابا بخلاف البيع لا يكون مسهوقا بل ذلك فكان الامر فيه مساومة فلا  
يتم العقد بمجرد جواب الآخر على هذا لا يتم فرق المصنف لانه مبني على كونه توكيلا وأما الفرق بان  
رد النكاح بعد ايجابه يلحق الشين بالاولياء بخلاف رد البيع فبني على جعل الامر فيه ايجابا ثم فيه نظر

المعهود ان المجاز يحتاج الى ما ينفي ارادة الحقيقة لأن الحقيقة تحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على أنه دافع للعقول دون الاثر فان قيل فما  
وجه ما ذكر في شرح الطحاوي فالجواب أن يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ الماضي  
والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية فقوله بخلاف النكاح) يعني انه ينعتق بذلك فان أحدهما اذا قال زوجتي فقال الآخر زوجتك  
انعتق وقد مر الفرق هناك وهو ما قال ان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح

(قوله والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار الخ) أقول يجوز أن يقال أراد الشيخ بالموضوع للاخبار المعهود وهو لفظ الماضي  
والمراد بالاخبار الاخبار عن الكائن (قوله والفعل المضارع عند الخ) أقول في جميع العقود وفي غير البيوع والاول مخالف لما ذكره  
في توجيهه كلام شرح الطحاوي والثاني لا يتم به التقريب (قوله هو اللفظ الماضي) أقول أي في البيوع (قوله والمضارع فيها مجاز)  
أقول ضمير فيها راجع الى الحال وكذلك ضمير فيها من قوله والحقيقة الشرعية فيها راجع الى الحال أيضا

وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو أخذته بكذا في معنى قوله بعث واشترت لانه يؤدى معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود

لانه لو صح لزوم امتناع رجوعه بعد قوله زوجني بترك قبل قوله زوجتك لانه بضاشين وانكسار بالحقهم وهذه ثمانية مواضع منها البيع والاقالة لا يكتفى بالامر فيه - ما عن الايجاب ومنها النكاح والخلع يقع فيها ايجابا الخامسة اذا قال لعبدك اشتر نفسك مني بألف فقال فعلت عنق السادسة في الهبة قال هب لي هذا فقال وهبته منك تحت الهبة السابعة قال لصاحب الدين أبرئني عما لك على من الدين فقال أبرأتك تحت البراءة الثامنة الكفالة قال اكفل بنفس فلان فلان قال كفلت تحت الكفالة فاذا كان غائبا فقدم وأجاز كفالته جاز واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو الذي يتصادق على نية الحال أما اذا تصادقا على نية البيع في الحال فينعقد به في القضاء لان صيغة الاستقبال تحتل الحال فيثبت بالنية ذكره في التحفة في صفة الاستقبال مطلقا وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال الصحيح ما ذكره الطحاوي لان المضارع في الاصل موضوع للحال ووقوعه في الاستقبال نوع تجوز اه وعلى هذا ينبغي أن يقبل قوله اذا ادعاء وكذبه الآخر لانه حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو الامر فلو ادعى في قوله بعني أنه أراد معنى اشترت به بكذا ينبغي أن لا يصدقه القاضي مثال ذلك أن يقول أبيع منك هذا بكذا أو أعطيكه فقال اشترت به أو أخذته ونويا الايجاب للحال والحق ان المراد بالمستقبل الذي ينعقد به نية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على أحد القولين والافاقا لانه موضوع للحال وأما الامر فلا يوجد في شيء من الكتب التمثيل به لذلك مع انه هو المستقبل في الحقيقة وذلك لانه انشاء وينه وبين الاخبار كمال انقطاع فلا يجوز به فيه فلا يقال بعني به والمراد اشترت به فلا ينعقد به الا في قوله أخذته بكذا فينعقد لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الامر المضارع المقرون بالسين نحو سأبيعك فلا يصح بيعا ولا يجوز به في معنى بعثك في الحال فان ذكر السين يناقض ارادة الحال واعلم أن كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع مخصوص منه الاب يشترى مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه والوصى عند أبي حنيفة اذا اشترى المتيمن من نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف في باب الوصية وقيدته في نظم الزند و يستنى بما اذا لم يكن نصبه القاضي (قوله وقوله رضيت) هذا بدرهم فقال بعثك وقال اشترت به بدرهم فقال رضيت أو قال بعثك بكذا فقال فعلت وأجرت وأخذت كل هذه الالفاظ من قبل البائع أو المشتري يتم بها البيع لا فادتها اثبات المعنى والرضاء وكذا اللفظة أخذته بكذا ينعقد به اذا قبل بان قال أخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعنى الامر بالأخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضى الآن استدعاء الماضى سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء أخذته سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعثك عبدى هذا بألف فقال فهو حر عتق ويثبت اشترت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء لا يعتق وانما صح بهذه ونحوها (لانه يؤدى معنى البيع والمعنى هو المعتبر في هذه العقود) ألا يرى الى ما قالوا لو قال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار أو هذا العبد ثوبك هذا فرضي فهو بيع بالايجاع قالوا انما قال في هذه العقود احتراز عن الطلاق والعتاق فان اللفظ فيهما مقام مقام المعنى وأنت تعلم أن اقامة اللفظ مقام المعنى أثر في ثبوت حكمه بلانية ليس غيرة فاذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلانية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا اذا أراد به وحينئذ فلا فرق بين بعث وأبيع في توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعث هز لا فلامعنى لقوله ينعقد بلفظ الماضى ولا ينعقد بالمستقبل ثم تقيمه بما اذا لم ينوبه فانه ينعقد به في الماضى وغيره بالنية ولا ينعقد بالماضى وغيره بلانية ومن الصور لفظه نعم تقع ايجابا في قول المستقيم اتبعني عبدك بألف فقال نعم فقال أخذته فهو بيع لازم وكذا أبيعك ومنها اشترت به منك بألف فقال نعم أو هات الثمن انعقد وكذا اذا قال هذا عليك بألف فقال فعلت

قال رحمه الله وقوله (رضيت أو أعطيتك) هذا ايمان ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعث واشترت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعث منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيتك الثمن أو قال اشترت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيت أى المبيع بذلك الثمن انعقد لا فائدة المعنى المقصود وكذا اذا قال اشترت هذا منك بكذا فقال أخذته بعني بعث بذلك فخذ لانه أمره بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقد تدر البيع اقتضاء فصار كل ما يؤدى معنى بعث واشترت سواء في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود وقيدته بذلك لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كافي المفاوضة اذا لم يبين جميع ما تنقصه ولهذا

(قوله لأن المعنى هو المعتبر الخ) أقول فيه أن الاعتبار في المفاوضة أيضا للمعنى كما صرح به المصنف هناك ومساس الحاجة الى اللفظ انما هو لبعده عن علم العوام

ولهذا ينبغي عقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقيق المراضة

ولو قال هؤلاء بألف ان وافقك أو ان أعجبك أو ان أردت فقال وافقني أو أعجبني أو أردت انعقد ولو قال بعثك بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعدم معرفة الثمن ان أدبت ثمنه فقد بعته منك فأدى في المجلس جازا استحسانا ﴿فروع﴾ في اختلاف الإيجاب والقبول قال بعثك بألف فقال اشتريته بألفين جاز فان قبل البائع الزيادة ثم بألفين والاصح بألف اذ ليس له ولاية ادخال الزيادة في ملكه بلارضاه ولو قال اشتريته بألفين فقال البائع بعثك بألف جاز كأنه قبل بألفين وحط عنه ألفا ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم يمنعه لم بعشرة فلو كان في يد المشتري من أول الامر فذهب به والباقي بحاله فبعشرين عندهم جميعا وقال الطحاوي يلزم باخراهم كلاهما مطلقا ولو قال بعثك بألف بعثك بألفين فقال قبلت الاول بألف لم يجز لان البائع قد رجع عنه وليس هكذا في الطلاق والعقاق فان قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الاخر بثلاثة آلاف يعني يكون البيع بألفين والالف زيادة ان شاء قبلها في المجلس وان شاء ردها وكذا بألف بمائة دينار انما يلزمه الثاني وقيل يلزمه الثمن والاول في الزيادات وهو أوجه واذا قبل الزيادة في المجلس لزم المشتري (قوله ولهذا ينبغي) أي ولان المتعبر هو المعنى ينبغي عقد (بالتعاطي في النفيس والخسيس) قيل النفيس نصاب السرعة فصاعدا والخسيس مادونه (وقوله هو الصحيح) احتراز من قول الكرخي انه انما ينبغي عقد بالتعاطي في الخسيس فقط وأراد بالخسيس الاشياء المحقرة كالقبل والرخيف والبيض والجوزا استحسانا للعادة قال أبو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء الى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى وجه الصحيح ان المعنى وهو دلالة على التراضي يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل وفي الايضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الاصل في مواضع اه وفي شرح الجامع الصغير لغفر الاسلام في رجل قال لرجل بعني هذا العبد فلان فاشتراه ثم أنكر أن يكون فلان أمر بذلك ثم جاء فلان فقال أنا أمرته قال يا أخاه فلان فان قال لم أمره وقد كان اشتراه له لم يكن له الا أن يسلمه المشتري له فان سلمه وأخذ الذي اشتراه له كان يبع الذي أخذ من المشتري وكأن العهدة عليه أي لا أخذ على المشتري فدل على صحة التعاطي في النفيس وفي المنتقى له على آخر ألف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال أعطيك بمالك فانير فساومه بالثاني ولم يقع بيع ثم فارقته فجاءه بها فدفعها اليه يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقته ولم يستأنف ببيعها جاز هذه الساعة وكذا الوساوم رجل بشيء وليس معه وعاء ثم فارقته وجاءه بالوعاء أعطاه الثمن وكال له جاز ومن صورته ما اذا جاء المودع بأمة غير المودعة وقال هذه أمثلك والمودع يعلم انها ليست اياها وحلف فأخذها حل الوطاء للمودع وللأمة وعن أبي يوسف لو قال للخطاط ليست هذه بطانتي فحلف الخطاط انها هي وسعه أخذها ومنها قول الدلال للبراز هذا الثوب بدرهم فقال ضعه وفي أجناس الناطي لو قال بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع وكذا لو قال للقصاب مثله فوزته وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع القصاب من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع القصاب من دفع اللحم أجبرهما القاضي وكذا اذا قال زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم فوزن بخلاف ما لو قال زن لي ثلاثة أرطال فوزن له الخيار لانه ليس بمعلوم بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ وكذا قوله لمن جاء بوفر بطيخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة واختارها فذهب به او البائع ينظر أو عزل البائع عشرة فقبلها المشتري ثم البيع واختاف في أن قبض البديلين شرط في بيع التعاطي أو أحدهما كاف والصحيح الثاني ونص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البديلين وهذا ينظم الثمن والمبيع ونصه في الجامع على أن تسليم المبيع يكفي لا يثني الاخر ومنها الوردة بخيار العيب والبائع متيقن انها ليست له فأخذها

(واهذا) أي ولكون المعنى هو المتعبر في هذه العقود (ينبغي عقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقيق) المقصود وهو التراضي وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي البيع ينبغي عقد بالتعاطي في الخسيس كالبقل وأمثاله ثم ان محمدا رحمه الله أشار في الجامع الصغير الى أن تسليم المبيع يكفي في تحقيقه

قال المصنف (لتحقق المراضة) أقول سيصرح في باب الوكالة بالشراء بكفاية التسليم على وجه البيع للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وفي النهاية في فصل ما يفعله الشاهد التعاطي بيع حكى وليس يبيع حقيق

قال رحمه الله (واذا أوجب) إذا قال البائع مثلاً بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار إن شاء قال في المجلس قبلت وإن شاء رد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول لكان مجبوراً على أحدهما وانتفى التراضي فما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً هذا خلف وإذا كان إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للوجب أن يرجع عن الإجابة لخلوه عن إبطال حق الغير فإن قيل سلمناه أن إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك فإن حق التملك ثبت للمشتري بإيجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خالياً عن إبطال حق الغير (٧٨) فالجواب أن الإيجاب إذا لم يكن مفيداً للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق

الملك للمشتري إن سلم ثبوته بإيجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها أقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما إذا دفع الزكاة إلى الساعي قبل الحول فإن المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لأن حقيقة الملك زالت من المزكي فعمل الحق عمله لا تنقضاء ما هو أقوى منه (قوله وإنما يمتد إلى آخر المجلس) يجوز أن يكون خيراً بما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الإيجاب عقيب خلوه عن القبول أولم لا يتوقف على ما وراء المجلس وتقرير الجواب أن في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسراً بالمشتري وفي إبقائه فيما وراء المجلس عسراً بالبائع وفي التوقف على المجلس يسيراً بما جعياً والمجلس جامع للفرقات كما تقدم في أول الكتاب فعملت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقاً للسري فان قيل فلم لا يكون الخلع والعتيق على مال كذلك فالجواب أنهم اشتدوا على البين من جانب الزوج والمولى فكان

قال (واذا أوجب) أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن إبطال حق الغير وإنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع للفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقاً للسري

ورضى فهو بيع بالتعاطي (قوله) وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار وهذا خيار القبول إن شاء قبل وإن شاء رد) وللوجب أيهما كان باقياً ومشترياً أن يرجع قبل قبول الآخر عن الإيجاب لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك فلم يجوز الرجوع لزوم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الإجماع تنفيه ألا يرى أن اللاب حق التملك لم يولد له عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان لولده أن يتصرف فيه كيف شاء ولو صادف رد البائع قبول المشتري بطل وأورد في الكافي الزكاة المعجزة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير وحاصل جوابه أن الأصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب وإنما القائل وصفه وهو الغناء فبعد أخذ السبب حكمه ثم الأمر وفيما نحن فيه لم يوجد الأصل بل شرطه فلا يكون البيع موحوداً وله أن يقبل ما دام المجلس قائماً فإن لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد واختلافه باعتراف ما يدل على الأعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه مني جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب قاضيان حيث قال فإن قام أحدهما بطل يعني الإيجاب لأن القيام دليل الأعراض فإن قيل الصريح أقوى من الدلالة فالقول بعد القيام قبلت ينبغي أن لا يثبت الأعراض قلنا الصريح إنما كان أقوى ويعمل إذا بقي الإيجاب بعد قيامه وهما لم يبق فإن الأصل أن لا يبق اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به إلا أن للمجلس أثر في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبق المجلس وقال شيخ الإسلام في شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه أشير في جمع التفاريق وهذا شرح لقوله فيما يأتي وأيهما قام إلى آخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما إذا تبايعا وهما عيشان أو يسيران لو كانا على دابة واحدة فأجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوي وغيره أنه أجاب على فور كلامه متصلًا جاز وفي الخلاصة عن النوازل إذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز ولا شك أنهما إذا كانا عيشان مشاة متصلًا لا يقع الإيجاب إلا في مكان آخر بلا شبهة ولو كان الخاطب في صلاة فريضة ففرغ منها وأجاب صح وكذا لو كان في نافلة فضم إلى ركعة الإيجاب أخرى ثم قبل جاز بخلاف ما لو أكملها أربعاً ولو كان في يده كوز فشرب ثم أجاب جاز وكذا لو أكل لقمة لا يتبدل المجلس إلا إذا اشتغل بالكل ولو ناما جالسين لا يختلف ولو مضطجعين أو أحدهما نهى فرقة والسفينة كالبيت فلو عقدوا هي تجري فأجاب

الآخر

ذلك مانعاً عن الرجوع في المجلس فيتوقف الإيجاب فيه ما على ما وراء المجلس

(قوله وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول) أقول أنت خير بانالم نفرض في صورة الرد بيعاً حتى يلزم خلاف المقروض مع أن صورة الرد لم تعرض لها المصنف ولا يتعلق بها الغرض فالأولى في التعليل طي ذكره من البين أو يقال في التعليل يلزم أن لا يوجد بيع أصلاً فليست أم (قوله فما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً هذا خلف) أقول وإنما يلزم ذلك إذا كان انتفاء التراضي مستلزماً لانتفاء البيع وهو ممنوع ألا يرى أن بيع المكره منعقد (قوله فالجواب أن الإيجاب الخ) أقول الظاهر أن هذا جواب بتغيير الدليل

قال رحمه الله (والكتاب كالخطاب) اذا كتب أما بعد فقد بعثك عبدى فلانا بألف درهم أو قال لرسوله بعث هدا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب فأخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه وأخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشترت أو قبلت ثم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير فقل كلامه اليه قال رحمه الله (٧٩) (وليس له أن يقبل في بعض المبيع)

يعنى اذا أوجب البائع البيع في شيئين فصاعدا وأراد المشتري قبول العقد في أحدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمنون الجيد الى الردي في البياعات ويتقصون عن عن الجيد لترويج الردي به فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما لقبيل المشتري العقد في الجيد وترك الردي فزال الجيد عن يد البائع بأقل من ثمنه وفيه ضرر على البائع لا محالة وهذا التعليل في الصورة الموضوعه صحيح وأما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبدا بألف مثالا وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه أن يقال بتضرر البائع بسبب الشركة فان قيل فان رضى البائع في المجلس هل يصح أولا أجيب بأن القدوري قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استثناف ايجاب لا قبولاً ورضا البائع قبولاً قال وانما يصح مثل هذا اذا كان

والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتم بر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة وليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة

الآخر لا يقطع المجلس بمجرد بانه الانهما لا يمكن ايقافها وقيل يجوز في الماشيين أيضاً ما لم يتفرقا بذاتهما أما المسير بلا افتراق فلا وهكذا في خيار الخيرة بخلاف سبحة التسلاوة ولو قال بعثك بألف ثم قال لا خير بعثك بألف فقبلا فهو للثاني لا للاول ولو قال بعثك بكذا فلم يقبل حتى قام البائع في حاجة بطل (قوله والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتم بر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة) فصورة الكتاب أن يكتب أما بعد فقد بعث عبدى منك بكذا فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقدوا الرسالة أن يقول اذهب الى فلان وقل له ان فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فجاء فأخبره فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال بعث عبدى فلانا من فلان بكذا فاذهب يا فلان فأخبره فذهب فأخبره فقبل وهذا لان الرسول ناقل فمما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً فلو بلغه بغير أمره فقبل لم يميز لانه ليس رسولا بل فضوليا ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز ولو كان المكتوب بعثه بكذا فكتب بعثك لا يتم ما لم يقبل الاول قبلت وأما ما ذكر في المبسوط لو كتب اليه بعنى بكذا فقال بعته يتم البيع فليس مراد محمد ههنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذى يقع فيه البيع وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فبعض من الحاضر يكون استيما عاده وأما من الغائب بالكتابة فيرأيه أحد شطرى العقد هذا ويصح رجوع الكتاب والمرسل عن الايجاب الذى كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقوله سواء علم الآخر أو لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فانه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فيه نافذ وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فاما المانع والعق على مال فانه يتوقف شطر العقد في حق المرأة والعبد بالاجماع اذا كانا غائبين على القبول في مجلس بلوغ الخبر بخلاف العكس وهو أن تقول المرأة خالعت زوجي وهو غائب أو يقول العبد قبلت عتق سيدي الغائب على ألف فانه لا يتوقف بالاجماع وفي النكاح من الخلاف فعند أبي يوسف يتوقف وعندهما لا (قوله وليس له أن يقبل الى آخره) يعنى الا أن رضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما يتقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون فان كان مما لا يتقسم الا بالقيمة كتوبين وعبيدين لا يجوز وان قبل الآخر ولتسكلم على عبارة الكتاب ههنا فانها ما وقع فيها تجاذب فتقول الظاهر من نظم الكلام أن ضميره في قوله وليس له راجع الى أحد المتعاقدين في قوله واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع أو لا خير حينئذ يكون أعم من البائع والمشتري فعناء في البائع انه اذا أوجب المشتري البيع بأن قال اشترت هذا الاثواب أو هذا الثوب بعشرة فليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع من أثواب أو اثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة لانه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته الى الكل وبسر عليه تحصيل باقى الاثواب لغيرها وبعضها لا يقوم بحاجته فلولا انما البيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الامور وأما في المشتري فعناء اذا أوجب البائع البيع فليس للمشتري أن يقبل في بعضه اذا

للبيع الذى قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفي القفيزين باعهما بعشرة لان الثمن يتقسم عليهما باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة فاما اذا أضاف العقد الى عبيدين أو توبين لم يصح العقد بقبول أحدهما وإن رضى البائع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وان لا يجوز كإساقى وإن كانت الصفقة متفرقة كان له ذلك لاتنفاها الضرر عن البائع

قوله لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وان لا يجوز أقول ويجوز بقا ويجوز

واليه أشار بقوله (الاذا بين عن كل واحد لانها صفقات معنى) والصفقة ضرب البدل على البدل في البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وعن وبائع ومشتري وبيع وشراء وبالتحديد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة وكذلك اذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتم بمائة فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كأن قال بعتم بمائة فقال قبلت أحدهما بيبستين والآخر بأربعين وذلك يكون صفقة واحدة أيضا كما ذكر في الكتاب واتحاد الجميع سوى البائع كأن قال بعنا هذا (٨٠) منك بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى المشتري كان

الاذا بين عن كل واحد لانه صفقات معنى قال (وأهم ما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض) والرجوع وله ذلك على ما ذكرناه

قد يتضرر بتفرق الصفقة لان العادة أن يضم البائعون الجسد الى الردي وليس وجوبه فلو أن زمانه البيع بقي الردي وذهب ما يروجه به فيمتضرر بذلك ومعلوم أن القبول في بعض المبيع يكون ببعض الثمن فخذفه المصنف لانه لم يكن على هذا الحاجة لقوله ولا أن يتقبل المشتري ببعض الثمن لان ذلك يستفاد من العبارة الاولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبائع ولفظ المشتري بالبناء للفاعل لتصحيح كلامه أي وليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع الذي أوجب فيه المشتري البيع ولأن يقبل المشتري في بعض المبيع فيما اذا كان الموجب هنا البائع والحاصل أن عدم صحة القبول في البعض للزوم تفرق الصفقة فوجب أن يعرف بماذا ثبت اتحادها وتفرقها فاعلم أنه يكون تارة من تعدد القابل وتارة من غيره فامان تعدد القابل امتناعه لما فيه من الزام الشركة مياله أن يقول البائع لمشتري بعتم بمائة فقال أحدهما اشتريت دون الآخر تعددت فلا يلزم لانه لو تم في النصف لانه انما خاطبهم بالكل فكان مخاطبا كلا بالنصف فلو لم يصر بذكر البائع فدل على عيب الشركة بلارضاه وكذلك قال رجل لمالكي عين اشتريت منك هذه بألف فباعه أحدهما دون الآخر فان بيعه انما يتم في نصيبه فتعددت فلو تم تضرر المشتري الموجب بالشركة أيضا وأما اذا كان الموجب اثنين خاطبا واحدا فاقبالا بعناك أو اشترينا منك هذا بكذا فاجاب هو في بعضه لا يلزم لكن لا تعددهما بتعددا لعاقد بل لاجابته في البعض ألا ترى أن الموجب فيه الوكان واحد والباقي بحاله كان من تعدد الصفقة أيضا فعرف أن هذا من جهة أخرى لامن تعدد العاقد وأما من غيره فبصورتي أحدهما أن يوجب البائع في مثليين أو واحد قسبي أو مثلي فقبل في البعض أو يوجب المشتري فيما ذكرناه بأن يقول اشتريت منك بكذا فقبل البائع في البعض فان في كل منهما الصفقة واحدة فاذا قبل في بعضها فرفضها فلا يصح فلو كان بين عن كل منهما فلا يتخلوا ما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بشكراره ففما اذا كرره فلا تنافي على أنه صفقة ثان فاذا قبل في أحدهما يصح مثل أن يقول بعتمك هذين العبدين بعتمك هذا بألف وبعتمك هذا بألف أو اشتريت منك هذين العبدين اشتريت هذا بألف واشتريت هذا بألف كذا في موضع وفي موضع أن يقول بعتمك هذين بعتمك هذا بألف وهذا بألفين وفيما اذا لم يكرره مثل بعتمك هذين هذا بمائة وهذا بمائة فظاهر الهداية أنه صفقة ثان وبه قال بعضهم وقال آخرون صفقة واحدة وان مراد صاحب الهداية اذا كرر لفظ البيع فأما اذا لم يكرره وقد اتحد الايجاب والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقة واحدة قياسا واستحسانا فليس له أن يقبل في أحدهما وقبل الاول استحسانا وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه والثاني قياس وهو قولهما والوجه الاكتفاء بمجرد تفرق الثمن لان الظاهر أن فائدته ليس الاقصيه بأن يبيع منه أي ما شاء والا فلا

قال بعتمه منك بمائة فقال لا قبلنا كذلك وتفرق الجميع بوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرير لفظ المبيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بسلامة تكرير لفظ البيع فكذلك تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فوجب التفرق قياسا لاستحسانا وقبل لا يوجب التفرق على قول أبي حنيفة وبوجهه على قول صاحبيه قال وأهم ما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وإن شاعره وهو إشارة الى أن رد الايجاب تارة يكون صريحا أو أخرى دلالة فان القيام دليل للاعراض والرجوع وقد ذكرنا أن الموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل على الصريح فان قيل الدلالة تعمل على الصريح اذ لم يوجد صريح يعارضها وههنا

قال بعد القيام قبلت وجد الصريح في غير على الدلالة أحيب بأن الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها كان

قال المصنف (الاذا بين عن كل واحد لانه صفقات معنى) أقول سيجي في آخر باب البيع الفاسد انه لا تعدد الصفقة بمجرد تفصيل الثمن فالمراد هنا تكرير لفظ البيع والشراء مع بيان عن كل واحد (قوله فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة) أقول تأمل في هذا التعبير (قوله وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن الخ) أقول ويعلم من هذا حال تعدد الثمن والمبيع بدون تفرق البائع والمشتري بالطريق الاولى وفيه من يمكن دفعه ولعل الاولى أن لا يتعرض لتعدد البائع والمشتري

(واذا حصل الايجاب والقبول لم البيع ولم وليس لواحد من المتعاقدين الخيار الا من عيب أو عدم رؤية) خلافا للشافعي رحمه الله فإنه أثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل من المتعاقدين بعد تمام العقد ان يرد (٨١) العقد بدون رضا صاحبه ما لم يتفرقا

بالإبدان واستدل على ذلك (بقوله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) فان التفرق عرض فيقوم بالجهر وهو الإبدان (ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر) وهو لا يجوز والجواب عن الحديث أنه محمول على خيار القبول وقد قدم تفسيره وفيه إشارة إلى ذلك لان الأحوال ثلاث قبل قبولها ما بعد قبولها وبعد كلام الموجب قبل قول المجيب واطلاق المتبايعين في الاولين مجاز باعتبار ما يؤل إليه أو ما كان عليه والثالث حقيقة فيكون مرادا أو يحتمل أن يكون مرادا فيعمل عليه والفرق بينهما أن أحدهما مراد والآخر محتمل للإرادة لا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما لان الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما شرعا لاحقيقة كلامهما والكلام في حقيقة الكلام وهذا التأويل منقول عن ابراهيم النخعي

واذا حصل الايجاب والقبول لم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب أو عدم رؤية وقال الشافعي رحمه الله ثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه إشارة إليه فانهما متبايعان حالة المباينة لا بعدها أو يحتمل فيعمل عليه

كان غرضه أن لا يبيعهما امنه الاجل لم تكن فائدة اتعين عن كل منهما (قوله) واذا حصل الايجاب والقبول لم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب أو عدم رؤية) وهو قول مالك رحمه الله (وقال الشافعي) وأجدر بهما الله (لهما خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) أو يكون البيع خيارا رواه البخاري من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وروى البخاري أيضا أن ابن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما صاحبه اختر وروى البخاري أيضا من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه عليه الصلاة والسلام البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا السمع والقياس أما السمع فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم وبعد الايجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير فقد أباح تعالى كل المشتري قبل التخيير وقوله تعالى وأشهدوا إذا تباعتم أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجادل بين البيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الايجاب والقبول فلو ثبت الخيار وعدم لزوم قبله كان ابطالا لهذه النصوص ولا يخلص له من هذا إلا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد الملزى يعرف شرعا وقد اعتبر الشرع في كونه ملزما اختيار الرضا بعد الايجاب والقبول بالأحاديث الصحيحة وكذا اتمت التجارة عن التراضي الإبه شرعا وانما أباح الاكل بعد الاختيار لاعتباره في التجارة عن تراض وأما حديث جبان بن منفذ رضي الله عنه حيث قال له إذا ابتعت فقل لا خلافة لي والخيار فقد أثبت له اشتراط خيار آخر وهو ثلاثة أيام فاعلم يدل على أن خيار ثلاثة أيام لا يثبت إلا بالاشتراط في صلب العقد لا أصل للخيار ولا يخلص الإبتسليم إمكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء أنه غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المصنف بناء على أن حقيقة المتبايعين المتشاغلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لانه مجازة والمتشاغلان يعني المساومين يصدق عند ايجاب أحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول وهذا عمل ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى لا يقال هذا أيضا مجاز لان قبل قبول الآخر الثابت بأفع واحد لا متبايعان لانا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيم يجز من معنى اللفظ كالتخبر لاحقيقة له الحال التكلم بالخبر والخبر لا يقوم به دفعة لتصدق حقيقة حال قيام المعنى بل على التعاقب في أجزائه فيا لضرورة يصدق بخبر حال النطق ببعض حروف الخبر والا لا يتحقق له حقيقة ولانا نههم من قول القائل زيد وعمر وهناك يتبايعان على وجه التبادر أنهم امتشاغلان بأمر البيع متراضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي والحمل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل اثبات خيار القبول لتقي توهم أنهم اذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلا للاتفاق والتراضي السابق في الزامه بكلام أحدهما بعد قال المصنف رحمه الله تعالى (أو) (هو) (يحتمل فيعمل عليه) جمع بين ما ذكرناه من الآيات حيث كان المتبادر إلى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض مجزء الايجاب والقبول وعدم توقف الاسماء على أمر آخر لا يقال ان ما في خيار أحد المتبايعين وهو الثاني القابل لخياره لانه ممنوع بل الموجب أيضا له خيار أن يرجع قبل قبول

(قوله) وقد تقدم تفسيره (الخ) أقول الذي تقدم تفسيره كان مختصا بجانب المجيب والمذكور في الحديث يعمه وجانب الموجب فالحق

(١١ - فتح القدير خامس) أن يفسر خيار القبول هنا بأعم مما ذكر أو من خيار الرجوع كما لا يخفى (قوله والثالث حقيقة) أقول فيه بحث (قوله وهذا التأويل منقول الخ) أقول أي تأويل الخيار المذكور في الحديث بما ذكر

وقوله (والتفرق تفرق الاقوال) جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجواهر ولقائل ان يقول جل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي أهل السنة فيكون اسناد التفرق اليها مجازا واجه ترجيح مجازكم على مجازهم وأجيب بأن أسناد التفرق اليه والتفرق الى غير الاعيان شائع فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الاية وقال لانفرق بين أحد من رسله والمراد التفرق في الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم ستفرق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو أيضا في الاعتقاد وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤل إليه أو ما كان عليه أيضا كذلك على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على مذهب أبي حنيفة فان الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الأولى أن يقال جله على التفرق بالابدان رد الى الجهالة إذ ليس له وقت معلوم ولا غاية (٨٣) معروفة فيصير من أشباه بيع الملامسة والمنابذة وهو موقوف على نفسه عادة وهذا

والتفرق فيه تفرق الاقوال قال (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تنفضي الى المنازعة

معنى قول مالك رحمه الله ليس لهذا الحديث حد معروف أو يقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي وترجح جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من أدائها على التفرق بالابدان الى الجهالة وهذا التأويل أعنى جل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن رحمه الله قال رحمه الله (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها) (الاعواض المشار اليها ثمانية أو ثمانية لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف المتنافي للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الذين أوجبهم عقد البيع فان جهالة الوصف لا تنفضي الى المنازعة لوجود ما هو أقوى منه في التعريف

الآخر وأن لا يرجع وعلى هذا قال التفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الاقوال وهو أن يقول الآخر بعد الايجاب لأشترى أو يرجع الموجب قبل القبول واسناد التفرق الى الناس مراد به تفرق أقوالهم كشر في الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من جاءتهم البينة وقال صلى الله عليه وسلم افتقرت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفرق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وحينئذ فراد بأحدهما في قوله أو يقول أحدهما صاحبه اختر الموجب بقوله بعد الايجاب للآخر اختر اتقبل أو لا والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذا في خيار القبول والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القياس فعلى التكاح والخلع والعق على مال والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد الانظر الدال على الرضا فكذا البيع وأما ما يقال تعلق حق كل من العاقدين ببطل الآخر فلا يجوز ابطاله فيرد منه بأن ذلك بالشرع والشرع نفاه الى غاية الخيار بالحديث فانما يرجع الكلام فيه الى ما ذكرناه من معنى المتبايعين وأما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد به ذلك لعمل به فغاية في الضعف اذ ترك العمل به ليس حجة على محمد بن عبد الله بل مالك عنده مخجوب به (قوله والاعواض المشار اليها) سواء كانت مبيعات كالحيوب والنياب أو ثمانية كالدرهم والدنانير (لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) فإذا قال بعثك هذه الصبرة من الحنطة وهذه الكور حصة من الارز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرثية له فقبل جازولزم لان الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يضرب الا بجمع من التسليم والتسلم لتجمله بجهالة القيمة لا تمنع الصحة قال في الفتاوى قال غيره لك في يدك أرض خربة لا تساوي شيئا فبعها مني بتسعة دراهم فباعها وهو لا يعلم قيمتها أكثر جازا لبيع بخلاف السلم لا يشار للعوض فيه فلاجل فلا يصح في المسلم فيه اتفاقا ولا في رأس مال السلم اذا كان مكبلا أو موزنا عند أبي حنيفة رضي الله عنه لما يجيء في المسئلة مقيمة بغير الاموال الربوية وبالربوية اذا قبلت بغير جنسها أما الربوية اذا قبلت بجنسها كالحنطة بالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها لاحتمال الربا واحتمال الربا مانع حقيقة الربا شرعا والتقييد بمقدارها في قوله لا يحتاج الى معرفة

مقدارها وكون التقابض ناجزا في البيع بخلاف السلم على ما سألني وهذا انما يستقيم اذا لم تكن الاعواض ربوية اما اذا كانت ربوية بجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربا واعمال يقيد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربا وهذا الباب ليس لبيانه

(قوله والتفرق تفرق الاقوال الخ) أقول الافتراق أحد الاكو ان الاربعة المعلوم وجودها بالضرورة عند المتكلمين (قوله وأجيب بأن اسناد التفرق والتفرق الخ) أقول اسناد التفرق الى القول مجازا بالنسبة لا يستلزم وجود التفرق حقيقة كما في قوله أقدم مني بذلك حتى على فلان (قوله وأنقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني) أقول فلا بد من لزوم قيام العرض بالعرض من مدفع والظاهر انه منع كون ما يطلق التفرق مطلقا من الاعراض (قوله ثمانية كانت أو ثمانية) أقول وتقرير بصدر الشريعة صريح في أن المراد بالاعواض الثمانية قنائل في الترجيح (قوله فان جهالة الوصف الخ) أقول والظاهر أن قول المصنف وجهالة الوصف الخ كلام مستأنف أتى به بيانا لجهالة الوصف فيه (قوله ناجزا في البيع) أقول أي حاضر (قوله بجهالة المقدار تمنع الصحة) أقول اذا بيعت بجنسها

قال (والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة) الأثمان المطلقة (٨٣) عن الإشارة لا يصح بها العقد إلا أن تكون

معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة ككونها بخاراً أو سمّاً وقنديلاً

التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد

عمنع حصوله بالجهالة المقتضية إلى النزاع فالتسليم

يمنع بها (وهذه الجهالة مقتضية إلى المنازعة فيمنع

التسليم والتسلم) ويفوت الغرض المطلوب من

البيع قال (ويجوز البيع بثن حال) قال الكرخي

رحم الله المبيع ما يتعين في العقد والثن ما لم يتعين وهذا

على المذهب فإن الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع

وهو ثمن بالاتفاق وقال أبو الفضل الكرماني في الإيضاح

الثن ما كان في الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم

فيه فإنه يثبت في الذمة وليس بثن وقيل المبيع ما يحله

العقد من الأعيان ابتداء (قوله بمنع حصوله بالجهالة

الخ) أقول أي بجهالة ذلك الواجب (قوله إلى النزاع)

أقول في ذلك الواجب (قوله والثن ما لم يتعين) أقول

هذا أيضاً منقوض بالمسلم فيه ورأس مال السلم إذا

كان عينا (قوله وهو منقوض بالمسلم فيه فإنه

يثبت في الذمة) أقول لا يبعد أن يقال المعروف هو

المبيع المطلق والثن

(والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة) لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مقتضية إلى المنازعة فيمنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفاتها تمنع الجواز هذا هو الأصل قال (ويجوز البيع بثن حال ومؤجل إذا كان الأجل معلوماً)

مقدارها احتراز عن الصفة فإنه لو أراه دراهم وقال اشتريته بهذه فوجدته هازيلاً فأنه رجة كان له أن يرجع بالجيد لأن الإشارة إلى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف إلى الجيد ولو وجدته هاستوفة أو رصاصاً فسد البيع وعليه القيمة إن كان أتلفها ولو قال اشتريته بهذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لأن مطلق الدراهم في البيع ينصرف إلى نقد البلد وإن وجدته نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشتريته بما في هذه الخابية ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وإن كانت نقد البلد لأن الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لأن خيار الرؤية لا يثبت في النقود (قوله والأثمان المطلقة) أي عن قيد الإشارة (لا تصح حتى تكون معلومة القدر) كعشرة وعشرة دراهم أو أكرار حنطة بخلاف ما لو اشتري بوزن هذا الحجر ذهباً فإنه ليس عوضاً مضافاً إليه فإن المشار إليه الحجر ولا يعلم قدر جرم ما يوزن به من الذهب فلهذا إذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً فوزن به كان له الخيار ومما لا يجوز البيع به البيع بقيمة أو بما حل به أو بما تريد أو تحب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشتري فلان لا يجوز أن علم المشتري بالقدر في المجلس فرضيه عادياً وكذا لا يجوز بألف درهم الدينار أو بمائة دينار الدرهما وكذا لا يجوز بمثل ما يبيع الناس الآن يكون شيئاً لا يتفاوت كالخبز واللحم (والصفة) كعشرة دراهم بخاربه أو سمرقندية وكذا حنطة بحجر به أو صعيدة وهـ إذا كانها كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة في وصفها فالمشتري يريد دفع الأدون والبائع يطلب الأرفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة واعلم أن الأعراف في البيع إما دراهم أو دنائير فهي غن سواء قبلت بغيرها أو بجنسها وتكون صرفاً وإما أعيان ليست مكيلة ولا موزونة فهي مبيعة أبدأ ولا يجوز فيها البيع إلا بعين الأعيان يجوز فيه السلم كالتياب وكما ثبت الثياب مبيعة في الذمة بطريق السلم ثبت ديناً مؤجلاً في الذمة على أتمائهم وحينئذ يشترط الأجل لأنهم ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها ديناً في الذمة فلذا قلنا إذا باع عبداً بثوب موصوف في الذمة إلى أجل جازو يكون بعينه في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب وانما ظهرت أحكام المسلم في نفسه في الثوب حتى شرط فيه الأجل وامتنع بيعه قبل قبضه للاحاقه بالمسلم فيه أو مكمل أو موزون أو عددى متقارب كالبيض فإن قبضت بالنقد فهي مبيعات أو بأثمانها من المتليات فما كان موصوفاً في الذمة فهو ثمن وما كان معيناً فبيع فإن كان كل منهما معيناً فحسب حرفة الباء وألفظ على كان ثمناً ولا آخر مبيعا وقال خواهر زاده رحمه الله في شهادات الجامع المكمل والموزون إذا لم يكن معيناً فهو ثمن دخل عليه حرف الباء ولم يدخل فلذا لو قال اشتريته منك كذا حنطة بهذا العبد لا يصح إلا بطريق السلم فيجب أن يضرب الأجل للحنطة واعلم أن التقدير المشروط قد يكون عرفاً كما يكون نصاً في الفتاوى لو قال اشتريته منك هذا الثوب أو هذه الدراهم وهذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنائير أو دراهم إن كان في البلد يتنازع الناس بالدنائير والدراهم والفلاس ينعقد البيع في الدار بعشرة دنائير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة أفلاس وإن كان في بلد لا يتنازع الناس بهذه الجهة ينصرف إلى ما يتنازع الناس بذلك النقداً انتهى وحاصل هذا أنه إذا صرح بالعدد فمعين العدد ومن كونه دراهم أو دنائير أو فلولاً يثبت على ما يناسب المبيع ووقع شك فيما يناسب المبيع وجب أن لا يتم البيع (قوله ويجوز البيع بثن حال ومؤجل)

المطلق وهو ما يكون ثمناً بكل حال في التعريف ما كان في الذمة على كل حال بقريضة الاطلاق الذي يصرف على الكمال

وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر فانه انما يحل العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على أحد طرفي أصحابنا في الاجارة والثلث ما يقابله وينقسم كل منه - ما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا الشيايب الموصوفة وقعت في الذمة الى أجل بدلا عن عين فانها أثمان وليس اشتراط الاجل لكونه غنابلا ليصير ملحقا بالسلم في كونها دينيا في الذمة والثلث المحض هو ما خلق للتمتع كالدرهم والدنانير والمترددين - ما كالمكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة فانها مبيعة تنظر الى الانتفاع باعيانها أثمان نظرا الى انها مثلية كالنقدين فان قابلهما النقدان فهي معينة وان قابلهما عين وهي معينة فهي مبيعة وأثمان لان البيع لا بدله منه - ما وليس أحدهما أولى بان يجعل مبيعا من الآخر فجعل كل واحد مبيعا وتما وان كانت أعني المكيلات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها البساء مثل أن يقال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة وقد وصفها كانت ثمنًا وان دخلت في غيرها كان يقال اشتريت الكرم بهذا العبد كان مبيعا ولا يصح الاسماء بشرطه هذا ملخص كلامهم في هذا الموضع وأقول الاعيان ثلاثة نقود أعني الدراهم والدنانير وسلع كالتياب والدور والعبيد وغير ذلك (٨٤) ومقدارات كالمكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين

يشتمل على المبيع المحض والثلث المحض وما عدا ذلك فهو مترددين كونه مبيعا وغانا والتميز في اللفظ بدخول الباء وعدمه قال (والببيع بالثلث الحال والمؤجل جائز لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع ولما روى (أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى أجل ورهنه درعه) لكن لا بد وأن يكون الاجل معلوما لئلا يفضى الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخر الى بعيدا قال (ومن أطلق الثمن كان على غالب نقد البلد) ومن أطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كان

لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وعنه عليه الصلاة والسلام انه اشترى من يهودي طعاما الى أجل معلوم ورهنه درعه ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه ممانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يابطالبه في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدا قال (ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد) لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه

لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع) وما بين مؤجل بيع وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها (لمشتري) رسول الله صلى الله عليه وسلم (طعاما من يهودي الى أجل ورهنه درعه) من حديث وفي لفظ الصحاحين طعاما بنسيئة وقد سمي هذا لليهودي في سنن البيهقي أخرجه عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعا عند أبي الشحيم رجل من بني ظفر في شعب (ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان جهالته تفضي الى المنازعة في التسليم والتسلم فهذا يابطالبه في قريب المدة وذلك في بعيدا) ولانه عليه الصلاة والسلام في موضع شرط الاجل وهو السلم أوجب فيه التعيين حيث قال من أسلف في غر فليسلف في كيل مع لوم ووزن مع لوم الى أجل معلوم وعلى كل ذلك انعقد الاجماع وأما البطلان فيما اذا قال بعثك بالف حالا وبالفين الى سنة فلهالة الثمن ومن جهالة الاجل ما اذا باعه بالف على أن يؤدي اليه الثمن في بلد آخر ولو قال الى شهر على أن يؤدي الثمن في بلد آخر جاز بالف الى شهر ويبطل شرط الايقاع في بلد آخر لان تعيين مكان الايقاع فيما الاجل له ولا مؤنة لا يصح فلو كان له حل ومؤنة صح ومنه على قول محمد ما اذا باعه على أن يدفع اليه المبيع قبل أن يدفع الثمن فان البيع فاسد لان محمد ارجه الله عليه بتضمنه أحلا مجهولا حتى لو سمي الوقت الذي يسلم اليه فيه المبيع جاز البيع وأما أبو يوسف فانما عاله بالشرط الذي لا يقتضيه العقد (قوله ومن أطلق الثمن في البيع) أي أطلقه عن ذكر الصفة بمذكر العديدات قال عشرة دراهم مثلا (انصرف الى غالب نقد البلد لانه هو المتعارف فيصرف) المطلق (اليه) فان كان اطلاق اسم الدراهم في العرف يختص بهما مع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف

القول

قال اشترت بعشرة دراهم ولم يقل بخارجا أو سمرقند باووقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذي

وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الآن يبين أحدها واعلم اني أذكر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجمالا ثم أنزلها على متن الكتاب حلاله فاني ما وجدت من الشارحين من تصدى لذلك على ما ينبغي فأقول اذا كان في البلد نقود مختلفة فاما أن يكون الاختلاف في المالبية والراج أو في المالبية دون الراج أو في الراج دون المالبية أو لا يكون في شيء منها محال في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا فان كان الاول جاز البيع وانصرف الى الراج وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة في المنازعة توقعه ما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وتصرف الى الراج تحري بالجواز وان كان الرابع فكذلك لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم واذا عرف هذا فقول

(قوله وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر الخ) أقول ويجوز أن يكون احتراز عن الثمن (قوله والثلث ما يقابله) أقول أي يقابل ما يحل به العقد بأن يذكر حين العقد في مقابلته (قوله وأقول الاعيان ثلاثة الخ) أقول ولعل وجه العدول كذا كره استلزامه فقد ان المبيع في بيع النقدين وفقدان الثمن في المفاضة بخلاف ما اختاره

(فان كانت النقود مختلفة) يعنى في المالية كالذهب المصرى والغربى فان المصرى أفضل في المالية من المغربى اذا فرض استواءهما في الرواج (فالبائع فاسد) لان الجهالة تفضى الى المنازعة اشارة الى القسم الثانى الا أن ترتفع الجهالة يبين أحدهما غلبه فيجوز وقوله (أو يكون أحدها أغلب وأروج حينئذ يصرف البيع اليه تحرياً بالجواز) اشارة الى القسم الاول أو الى القسم الثالث لان كون أحدهما أروج أعم من ان يكون مع اختلاف في المالية أو مع استواء البيع جائز فيهما وقوله (وهذا) أى فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالية يعنى مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الثانى أعاده للتشيل بقوله كالثنائى وهو ما يكون الاثنان منه دانقاً والثلاثى وهو ما يكون الثلاثة منه دانقاً والنصر في اليوم بسم قد فانه بمنزلة الناصر (٨٥) بخارى والاختلاف بين العدالى

بـ رغبة وفقهاء ما وراء  
النهر يسمون الدرهم عدلياً  
وكل هذا يختلف في المالية  
مع التساوى في الرواج  
وقوله (فان كانت سواء  
فيها) أى في المالية يعنى مع  
الاستواء في الرواج اشارة  
الى القسم الرابع وجزاء  
الشرط قوله (جاء البيع  
اذا أطلق اسم الدراهم  
كذا قالوا) أى المتأخرون  
من المشايخ (وينصرف) اسم  
الدراهم (الى ما قدر به) من  
المقدار كعشرة وشحوها  
(من أى نوع كان) من غير  
تقييد بنوع معين لانه  
لامنازعة لاستواءهما في  
الرواج (ولا اختلاف في  
المالية) وظاهر من هذا  
تعقيد كلام الشيخ رحمه  
الله فانه فصل بين قوله اذا  
كانت مختلفة في المالية  
ومثاله وهو قوله كالثنائى  
بالشرط وهو قوله فان  
كانت سواء وفصل بين  
الشرط وهذا وبين جزائه

(فان كانت النقود مختلفة فالبائع فاسد الا أن يبين أحدهما) وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدهما أغلب وأروج حينئذ يصرف اليه تحرياً بالجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائى والثلاثى والنصر في اليوم بسم قد والاختلاف بين العدالى بفرغانة جاز البيع اذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من أى نوع كان لانه لامنازعة ولا اختلاف في المالية قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكابله

القولى وهو من افراد ترك الحقيقة بدلالة العرف وان كان التعامل بهم فى الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل منهما واجب تحرياً بالجواز وعدم اهدار كلام العاقل (فان كانت النقود مختلفة) المالية كالذهب الاشرى والنصرى بمصر لكنهما في الرواج سواء (فالبائع فاسد) لعدم امكان الصرف الى أحدهما بعينه دون الآخر لما فيه من التحكم عند التساوى في الرواج واذا لم يكن الصرف الى أحدهما والحالة انهما متفاوتة المالية جاءت الجهالة المفضية الى المنازعة لان المشتري يريد دفع الانقص مالية والبايع يريد دفع الاعلى فيفسد البيع الا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ويرضى الآخر لارتفاع المفسد قبل تقرر وصار كالمقال الدائن لديونه يعنى هذا الثوب يبيع بعض العشرة التى لى عليك ويعنى هذا الآخر بباقي العشرة فقال نعم كان محض عدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة بضم المبيع الثانى اليه اذ به يصير ثمنه عشرة وهذا محمول على قبول الدائن بعد قول المدين نعم وشحوه وان كانت مختلفة المالية والرواج معاً فالبائع صحيح ويصرف الى الاروج للوجه الذى تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية المالية والرواج يصح البيع ويؤدى من أيها شاء لانه لا فضل لاحدها فلو طلب البائع أحدهما بعينه كان للمشتري أن يعطيه من النصف الآخر لان الامتناع عن قبض ما أعطاه المشتري مع انه لا فضل للآخر عليه ليس فيه الا التعنت وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لاتعين حتى لو أراه درهما اشتري به فباعه ثم حبسه وأعطاه درهما آخر جاز بهنى اذا كانا متحذين المالية والثنائى والثلاثى اسماء دراهم كانت ببلادهم مختلفة المالية وكذا الركنى والخليفة فى الذهب كان الخليفة أفضل مالية عندهم والعدالى اسم لدراهم (قوله ويجوز بيع الطعام) وهى الخطبة وديقها خاصة فى العرف الماضى كما يدل عليه حديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعاً من طعام أو صاعاً من شعيرة فقوله (والحبوب) عطف العام على الخاص أو يقدر وكذا باقى أى وباقى الحبوب فلا يتناول الطعام (مكابله) أى بشرط عد من الكيل والافق للغة

وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائى الى قوله جاز ولا يستقيم أن يجعل قوله كالثنائى الخ متعلقاً بقوله فان كانت سواء لان ما كان اثنان منه دانقاً وثلاثة منه دانقاً لا يكونان في المالية سواء لكن يمكن أن يكونا في الرواج سواء هذا ما سنخلى فى حل هذا الموضع والله أعلم قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكابله)

قال المصنف (والاختلاف بين العدالى الخ) أقول والظاهر انه جملة معترضة لبيان مكان يوجد فيه الاختلاف بين النقود في المالية أن ثبت اختلافها فيها (قوله وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ الى قوله هذا ما سنخلى فى حل هذا الموضع) أقول فيه بحث فان اسم الدراهم انما يطلق على اثنين من الثنائى وثلاثة من الثلاثى كما صرحوا حينئذ يظهر استواءهما في المالية وانه ليس فى كلام الشيخ تعقيد فليتم

المراد بالطعام الخنطة ودقيقه لأنه يقع عليه ما عرفنا سابقاً في الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعدس والحبس وأمثالهما كل ذلك إذا بيع مكابلاً جازاً اعتد سواء كان البيع بجنسه أو بخلافه وإذا بيع (مجازفة) فإن كان شيئاً لا يدخل تحت الكيل فلا ذلك وإن كان مما يدخل تحته لا يجوز إلا (بخلاف جنسه) لقوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم لا يقال لادلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لأنه مفهوم من الشرط وهو ليس بحجة لأن الدليل على ذلك صدر الحديث ولأن الجهالة مانعة إذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصارك إذا باع شيئاً لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما إذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال (ويجوز) بآباء بعينه إذا باع الطعام أو الحبوب (بآباء بعينه أو بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره ما جاز) لأن الجهالة المانعة مانعة من المضاعفة وهذه ليست كذلك لأن التسليم في البيع (٨٦) متجمل فيندر هلاك كل منهما من الأناء والحجر قبل التسليم وقبل بشكل على هذا

ما إذا باع أحد العبيد الأربعة على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام يأخذ أيهم شاء ويرد الباقي أو اشترى بأي ثمن شاء فإن الجهالة لم تنقض إلى المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لا نقلنا أن الجهالة المفضية إلى النزاع مفسدة للعقد وهذا لا نزاع فيه ولم نقل أن كل ما هو باطل لا بد وأن يكون للجهالة فيجوز أن يكون البيع باطلاً بمعنى آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الأولى ولعدم الثمن في الثانية وروى عن أبي يوسف أن الجواز فيما إذا كان المكيل لا يشكس بالكيس كالقصة ونحوها أما إذا كان مما يشكس كالزبيب ونحوه فإنه لا يجوز بخلاف السلم فإنه لا يجوز بآباء مجهول القدر وإن كان معيناً وكذا الحجر لأن التسليم فيه متأخر والهالك ليس

ومجازفة) وهذا إذا باع بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد بخلاف ما إذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا ولأن الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشا به جهالة القيمة قال (ويجوز بآباء بعينه لا يعرف مقداره و بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) لأن الجهالة لا تنقض إلى المنازعة لما أنه متجمل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر والهالك ليس بنادر قبله فتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضاً

المكابلة أن تكيل له ويكيل لك (ومجازفة) أي بلا كيل ولا وزن بل بأداة الصبرة والحرف في الأصل الأخذ بكرة من قولهم حرف في الكيل إذا أكثر ورجعه إلى المسألة قال المصنف (وهذا) يعني البيع مجازفة مقيد بغير الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها فأما الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربا وهو مانع حقيقة الربا وهذا أيضاً مقيد بما يدخل تحت الكيل منها وأما ما لا يدخل كخفة جفتين فيجوز وفي الفتاوى الصغرى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرين فقال ما حرم في الكثير حرم في القليل والقيد مقيد أيضاً بما إذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها كقفة بكفة فإنه لا يخرج عن المجازفة بسبب أنه لا يعرف قدره ومع ذلك لو باع الفضة كفة ميزان بكفة ميزان جاز لأن المانع انما هو احتمال الربا وهو باحتمال التفاضل وهو منتف فيما إذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز والحديث الذي ذكره بعينه وهو ما روى أصحاب الكتب الستة إلا البخاري عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثل غسل سوا عيسوا عيدا يسد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كانت يدا بيد (ولأن) هذه (الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم) لتجمل التسليم على ما تقدم فلا يمنع (فشا به جهالة القيمة) للبيع بعد رؤيته ومشاهدته فإنه لو اشترى من إنسان ما يساوي مائة بدرهم والبائع لا يعلم قيمة ما باع لزم البيع (قوله) ويجوز بآباء بعينه لا يعرف مقداره و بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) قد قيدنا لأننا نكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كأن يكون من خشب أو حديد أما إذا كان يحتمل كالزبيب والجوا التي فلا يجوز وعلى هذا بيع ملء قربة بعينها أو راوية من النيل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لأن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن أطلق في الحجر جوازه ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين فلو لم لا به أصغر منها لا يقبل وكذا راوية منه

بنادر قبله فتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة في رواية الحسن بن زباد أن البيع أيضاً لا يجوز كالسلم بوفيه لأن البيع في المكيلات والموزونات إما أن يكون مجازفة أو يذكر القدر في المجازفة المعقود عليه هو ما يشار إليه ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه هو ما يسمى من القدر ولم يوجد شيء منهما فإن الفرض عدم المجازفة والمكيل إذا لم يكن معلوماً باسم شيء من القدر

(قوله) وإن كان مما يدخل تحته إلى قوله لا يقال لادلالة الحديث على المنع (الخ) أقول أنت خبير بأن إيراد الحديث ليس للدلالة على المنع بل للدلالة على الجواز إذا بيع بخلاف جنسه وأما الدليل على المنع فهو قوله لما فيه من احتمال الربا تأمل يظهر لك سوء ترتيب الشارح في تقرير الكلام مخالفاً لما اختاره المصنف من النظام (قوله) وهو عدم المعقود عليه لكونه غير عين في الأولى (الخ) أقول إذا كان غير عين يكون مجهولاً وسيجيء إن الفساد فيه للجهالة

## والاول اصح وأظهر

يؤفيه في منزله وعن أبي يوسف إذا ملاءه هاتم تراصيا جاز كما قالوا ببيع الحطب ونحوه أحوالا يجوز ولو حمله على الدابة ثم باعه الحمل جاز لتعين قدر المبيع في الثاني وفي الخلاصة اشترى كذا كذا قرية من ماء القرات جاز استحسانا إذا كانت القرية معينة وعن أبي يوسف أيضا يجوز في القرب مطلقا وفي المحيط ببيع الماء في الحياض والآبار لا يجوز إلا إذا جعله في وعاء ووجهه في المسوطة مسألة الكتاب بأن في المعين مجازفة يجوز فيمكيال غير معروف أولى وفيه نظر فإن في المجازفة الإشارة إلى عين المبيع بآية تفيد الأحاطة بقدر حرمة وأقطاره ومثل هذا التمييز لا يحصل لها في كمال غير معلوم قبل أن يصب فالأولوية منتفية بلا شك والوجه يقتضي أن يثبت الخيار إذا كاله أو وزن للشترى في الشراء بوزن هذا الجرد هبائن في جمع النوازل على أن فيه الخيار إذا علم به ومعلوم أن ذلك بالوزن وفي جمع التفاريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الجرد وفيه الخيار وينبغي أن يكون هذا العمل الرواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا كما لا يجوز في السلم فقوله لا يجوز أي لا يلزم قال المصنف (والاول اصح) أي من جهة الرواية (وأظهر) أي من حيث الوجه المذكور في الكتاب وحاصله أن الجهالة وإن كانت ثابتة لكنها لا تنفي إلى المنازعة وهي المانعة وذلك لأنه لا يتحمل فيقدر هلاكه بخلاف السلم لا يتحمل فقديم لك ذلك الكيل والخبر فيه عذر تسليم السلم فيه ولا ينبغي أن هذا الوجه لا يثبت ثبوت الخيار وأقرب الأمور إلى ما نحن فيه قول أبي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه وهي ما إذا باع صبرة كل فقيز بدرهم أنه إذا كاله في المجلس حتى عرف المقدار صرح ويثبت الخيار للشترى كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع مع أن الفرض أنه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الإشارة إليها لكن هذه الرواية أتم وصار كما إذا رأى الدهن في قارورة زجاج فإنه يثبت الخيار بعد صبه هذا وقد روي عن أبي يوسف اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لأنها تنقص بالخفاف وعول بعضهم على ذلك وليس بشئ فإن البيع بوزن حجر بعينه لا يصح إلا بشرط تعجيل السلم ولا جفاف ويجب نقصان ذلك الزمان وما قد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الإسلام في وزن ذلك الحجر خشية الهلاك فيتم عذر التسليم وتقع المنازعة المانعة منه والفرض أن أقل مدة السلم ثلاثة أيام ولا شك أن تأخر التسليم فيه إلى مجلس آخر يفضي إلى المنازعة لأن هلاكه إن ندر فالأختلاف في أنه هو أو غيره والتمه فيه ليس بنادر وكل العبارات تفيد تقييد صحة البيع في ذلك بالتعجيل كافي عبارة المسوطة حيث قال لو اشترى بهذا الأنايد ابدا بدينار أس به ثم إن في المعين البيع مجازفة يجوز فيمكيال غير معروف أولى وهذا لأن التسليم عقيب البيع إلى آخر ما ذكره وتقدم النظر في الأول به هذا وأورد على التعليل بأن الجهالة لا تنفي إلى المنازعة ما إذا باع عبدا من أربعة يأخذ المشتري أيهم شاء أو باع بآي ثمن شاء فالبيع باطل مع أنه لا يفضي إلى المنازعة أوجب بأن المبتل في المورد معني آخر وهو عدم المبيع والثمن لا الجهالة وكان مقتضاه أنه لا يجوز في عبد من ثلاثة لكن جاز على خلاف القياس كما سألني ولا شك أن القياس ما عن أبي حنيفة في القرية من ماء النهر وأنه كبيع الطير قبل أن يصطاده كإلوه باعه كرامن حنطة وليس في ملكه حنطة صرحوا بأنه لا يجوز إلا أن يكون مسلما وأما الاستحسان الثابت بالتعامل فقتضاء الجواز بعد أن يسمى نوع القرية في ديار باعصر إذا لم تكن معينة مثل قرية كافية أو سقاوية أو وافية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت يسيرا هدر في الماء ونظير ما نحن فيه ما إذا باع حنطة مجموعة في بيت أو مطمورة في الأرض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفرة إن له الخيار إذا علم أن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك وإن كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز ولا خيار له إلا أن يظهر تحتمل أن كان أي صفة ونحوها كذا في فتاوى القاضي وعن أبي جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما عيلا هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما عيلا هذا البيت لا يجوز في الفتاوى

(والاول) اصح يعني من حيث الدلائل فإن العيار المعين لم يتقاعده عن المجازفة (وأظهر) يعني من حيث الرواية

قال (ومن باع صبرة طعام) اذا قال البائع بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جلة القفران أو بالكيل في المجلس أو لافان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جلة ما فهم من القفران وان كان الثاني فالبيع قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله وجلة القفران كالاول عندهما (٨٨) لابي حنيفة ان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والتمن جهالة تنفضي الى المنازعة

لان البائع يطلب تسليم الثمن أو لاول الثمن غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل صرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفران أو بالكيل في المجلس وصار هذا كالأوفر وقال افلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع

لكن ينقلب جائزا كما اذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول أو شرط الخيار أربعة أيام أوجب بان الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب ويقيد بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لأمراض فلا يتقيد بالمجلس لأنه لضعفه لظهور أثره في اليوم الرابع وبامتداد الاجل

(قوله لابي حنيفة الى قوله جهالة تنفضي الى المنازعة) أقول ولعل الاولى أن يقول جهالة تنفضي الى امتناع تسليم الثمن الواجب بالعقد (قوله لان البائع يطلب تسليم الثمن أو لافان) أقول هذا غير معقول (قوله الا أن تزول الجهالة الخ) أقول تأمل في هذا الاستثناء (قوله فان قيل سلمنا انعقاده

بعت منك مالى في هذه الدار من الرقيق والدواب والياب والمشتري لا يعلم ما قيمته فهو فاسد لجهالة المبيع ولو قال مالى هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة يسيرة واذا جاز في البيت جاز في الصندوق والجواني ولو قال بعت منك نصيبى من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول ولو اشترى موز ونا بئنا على أن يفرغه ويزن الا ناء فيحفظ قدر وزنه من الثمن جاز وكما تنفع الجهالة السابقة كذلك تنفع اللاحقة قبل التسليم فلذا اختلفوا فيما اذا باع الجدة الكائنة في المجددة قبل لا يجوز حتى يسلم أو لا ثم يبيع والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه أبي جعفر اذا سلم قبل ثلاثة أيام ولو سلم بعدها لا يجوز لانها تذب في كل ساعة وهو وجه من منع قبل التسليم غير أن النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبر فلها أهدر وجاز وقيل انه يختلف باختلاف الصنف والشتاء وغلا الجدة وخصه فينظر الى ما بعده الناس كثيرا بحسب الاوقات فيجوز اذا سلمه قبل وسيأتى من هذا الباب شئ في خيار الرؤية ان شاء الله تعالى (قوله ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله) يعنى أن موجب هذا اللفظ والاشارة الى باب البيع في واحد عنده ويتوقف في الباقي الى تسمية الكل في المجلس أو كليه فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشتري فان رضى هل يلزم البيع على البائع وان لم يرض أو يتوقف على قبوله أيضا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يجوز الا بتراضيهما وروى محمد خلافة حتى لو فسح البائع البيع بعد الكيل ورضى المشتري بأخذ الكل لا يعمل فسخه وقال أبو يوسف ومحمد صح البيع في الكل وهو قول الأئمة الثلاثة ثم اذا جاز في قفيز واحد للمشتري فيه الخيار اختلف الصنف عليه دون البائع لان التفرق جاء من قبله بسبب عدم تسميته جلة القفران (له انه تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع والتمن) ولا جهالة في القفيز فلم يرض فيه واذا زالت بالتسمية أو بالكيل في المجلس ثبت الخيار كما اذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية اذا المؤثر في الاصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى بخلاف ما اذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر الفساد وما في المحيط عن بعض المشايخ ان عنده يصح في الكل وان علم بعد المجلس بعينه لان ما في المجلس كالنائب في صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم اسقاط خيار أربعة أيام بعد المجلس وكذا زال جهالة الاجل المجهول به هذه حيث يجوز العقد والفساد بعد المجلس لان الفساد فيها لم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد برفع الفساد بالمجلس وهذا لان أثر الفساد فيه مالا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل وأما ما أورد من أن الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تنفضي الى المنازعة لان بعد العلم بأن كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفران كثيرا أو قليلا فجوابه ان الفساد هنا جهالة الثمن كمية خاصة وقدرا لعدم الاشارة ولا معرف شرعاً غير ذلك وأما الجواب بمنع كونها غير مقضية الى المنازعة لان البائع قد يطلب المشتري بتسليمه الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فيتنازعان فتهاقت ظاهرا لانه لا يتصور أن يطالبه الا بعد أن

بعت منك مالى في هذه الدار من الرقيق والدواب والياب والمشتري لا يعلم ما قيمته فهو فاسد لجهالة المبيع ولو قال مالى هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة يسيرة واذا جاز في البيت جاز في الصندوق والجواني ولو قال بعت منك نصيبى من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول ولو اشترى موز ونا بئنا على أن يفرغه ويزن الا ناء فيحفظ قدر وزنه من الثمن جاز وكما تنفع الجهالة السابقة كذلك تنفع اللاحقة قبل التسليم فلذا اختلفوا فيما اذا باع الجدة الكائنة في المجددة قبل لا يجوز حتى يسلم أو لا ثم يبيع والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه أبي جعفر اذا سلم قبل ثلاثة أيام ولو سلم بعدها لا يجوز لانها تذب في كل ساعة وهو وجه من منع قبل التسليم غير أن النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبر فلها أهدر وجاز وقيل انه يختلف باختلاف الصنف والشتاء وغلا الجدة وخصه فينظر الى ما بعده الناس كثيرا بحسب الاوقات فيجوز اذا سلمه قبل وسيأتى من هذا الباب شئ في خيار الرؤية ان شاء الله تعالى (قوله ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله) يعنى أن موجب هذا اللفظ والاشارة الى باب البيع في واحد عنده ويتوقف في الباقي الى تسمية الكل في المجلس أو كليه فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشتري فان رضى هل يلزم البيع على البائع وان لم يرض أو يتوقف على قبوله أيضا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يجوز الا بتراضيهما وروى محمد خلافة حتى لو فسح البائع البيع بعد الكيل ورضى المشتري بأخذ الكل لا يعمل فسخه وقال أبو يوسف ومحمد صح البيع في الكل وهو قول الأئمة الثلاثة ثم اذا جاز في قفيز واحد للمشتري فيه الخيار اختلف الصنف عليه دون البائع لان التفرق جاء من قبله بسبب عدم تسميته جلة القفران (له انه تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع والتمن) ولا جهالة في القفيز فلم يرض فيه واذا زالت بالتسمية أو بالكيل في المجلس ثبت الخيار كما اذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية اذا المؤثر في الاصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى بخلاف ما اذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر الفساد وما في المحيط عن بعض المشايخ ان عنده يصح في الكل وان علم بعد المجلس بعينه لان ما في المجلس كالنائب في صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم اسقاط خيار أربعة أيام بعد المجلس وكذا زال جهالة الاجل المجهول به هذه حيث يجوز العقد والفساد بعد المجلس لان الفساد فيها لم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد برفع الفساد بالمجلس وهذا لان أثر الفساد فيه مالا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل وأما ما أورد من أن الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تنفضي الى المنازعة لان بعد العلم بأن كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفران كثيرا أو قليلا فجوابه ان الفساد هنا جهالة الثمن كمية خاصة وقدرا لعدم الاشارة ولا معرف شرعاً غير ذلك وأما الجواب بمنع كونها غير مقضية الى المنازعة لان البائع قد يطلب المشتري بتسليمه الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فيتنازعان فتهاقت ظاهرا لانه لا يتصور أن يطالبه الا بعد أن

فاسدا لكن ينقلب جائزا) أقول بلا تقييد بالمجلس (قوله كما اذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول الخ) أقول كان يبيع الى الثمن والمهرجان وقدوم الحاج ثم اسقطا الاجل قبل حلوله وسيجيء تفصيله في أواخر البيع الفاسد (قوله أوجب بان الفساد في صلب العقد قوي الخ) أقول يراد أن يقال اذا كان الفساد في صلب العقد ينبغي أن لا يرتفع أصلا كما في بيع الدرهم بالدرهمين واسقاط الدرهم الزائد ويجوز أن يقال بأن الفساد هنا محل الخلاف فضعف بخلافه

(ولهما ان هذه جهالة ازالتهما في ايديهما وما كان كذلك فهو غير مانع) أما ان ازالتهما بأيديهما فلا تنهاترفع بكيل كل منهما وقيد بقوله بيدهما احتراز عن البيع بالرقم فانه لا يجوز لان ازالتهما إما سدا للبائع ان كان هو الرافق أو سدا للغير ان كان الرافق غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على ازالتهما وأما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع عبدا من عبيد بن علي أن المشتري بالخيار وأجيب لابي حنيفة ان القياس فيه الفساد أيضا لاننا جوزه استحسانا بالنص ومعناه انه في معنى ماورديه النص على ما سيأتي فيكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان لا يتعدى الى غيره ولهذا لم يجوزه أبو حنيفة فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ثم اذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق وان كان في حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جلة القفران فكان راضيا به وهذا صحيح اذا علموا لم يسم وأما اذا لم يعلم بها فلو جرحه انه نزل منزلة من باع ما لم ير ما يأتي فلا خيار له وفيه بحث أما أولا فلا تنفريق الصفقة لو استلزم الخيار لا طرد وليس كذلك فانه اذا باع الرجل عبدا مشتركا بألف ثم اشترى أحدهما الكل بخمسة مائة قبل نقد الثمن فإنه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له فهما تنفرد الصفقة ولم يوجد الخيار وأما ثانيا فلا نقياس قول أبي حنيفة أن لا يخبر المشتري لزوم انصراف البيع الى الواحد لعله كما لو اشترى قنما مع مدبر فانه لا خيار له في القن بل يصرف الى البائع ان البائع ينصرف اليه والحاصل ان الخيار يوجب التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل والمشتري يقبل البعض وليس كذلك ههنا على قول أبي حنيفة والجواب عن الاول اننا لنسلم تفريق الصفقة لان الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا وانما وقع على نصيب شريك لا غير لان وقوعه على نصيبه يلزم شرا ما باع باقلا بما باع قبل نقد الثمن وانه لا يجوز فصار كمن اشترى قنما ومدبر فان البيع ينصرف الى القن فقط لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن وعن الثاني بأن انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه والعوام لاعلم لهم بأحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة (٨٩) على قولهما وان لم يلزم على قول أبي حنيفة وهذا ضعيف لان قولهما

ولهما أن الجهالة بيدهما ازالتهما ومثلها غير مانع وكما اذا باع عبدا من عبيد بن علي أن المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فلم يشترى الخيار لتفريق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس أو سمي جلة قفيز انما لانه علم ذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع

وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع فن أين التفريق والاولى أن يقال قياس قول أبي حنيفة تفريق الصفقة لان الصيغة موضوعة للكثرة وقصد ههنا أيضا الكثرة ومائة مانع شرعي عن الصرف الى الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس جاز

بكيه ليعرف القدر الذي يطالب به الا لا يمكن أن يطالبه الابكية خاصة مشار اليها أو مضبوطة الوزن وحينئذ يعلمها المشتري فيقدر على التسليم ولو امتنع بعد هذا التقدير كان مطالالا المنازعة المفسدة (ولهما أن هذه جهالة بيدهما ازالتهما) بأن يكيل في المجلس والجهالة التي هي كذلك لا تنفض الى المنازعة كبيع عبدا من عبيد بن علي أن المشتري بالخيار بأخذ أي ما شاء وقد أورد عليه نقض اجمالى لوضح ما ذكر من أن الجهالة التي بيدهما ازالتهما غير مانعة من الصحة لم صحة البيع بالرقم عندهما وأنه يجوز

(١٣ - فتح القدير خامس) والصرف الى الاقل باعتبار تعدد الكل للجهالة صرف للعقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصد العاقدان وليس تفريق الصفقة الا ذلك بقي أن يقال فكان الواجب أن يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه (قوله وكذا اذا كيل في المجلس أو سمي جميع قفيز انما) يعني كان للمشتري الخيار لكن لا لذلك التعليل بل بما قال لانه علم ذلك الآن فرجما كان في حدسه أو ظنه ان الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يتمكن من أخذ الزائد مجانا وفي تركه تفريق الصفقة على البائع أو نقصت فيحتاج أن يشتري من مكان آخر وهل يوافق أو لا فصار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة

(قوله لان التفريق وان كان في حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جلة القفران وكان راضيا به وهذا صحيح اذا علموا لم يسم الخ) أقول وعند أبي حنيفة التفريق من قبله بالامتناع عن التسمية بعم صورة عدم علمه بجملتها فانه كان يمكنه أن يزيل ذلك الجهل بطريق ثم يشرع في البيع فحين لم يفعل ذلك ولم يسم كان راضيا بوجبه فتأمل (قوله فالوجه انه نزل منزلة من باع ما لم ير ما يأتي فلا خيار له) أقول ان أرادانه لا خيار له مطلقا ولو اذا تنفرد الصفقة عليه فليس كذلك وان أرادانه ليس له خيار لرؤية تسليم وما نحن فيه ليس كذلك بل الخيار بتفريق الصفقة ثم الاولى تأخير قوله لما يأتي عن قوله فلا خيار له فليتأمل (قوله وعن الثاني بأن انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه الخ) أقول قيل الانصراف الى نصيب الشريك فيما سبق مجتهد فيه أيضا ولهذا لا يشيع الفساد على ما سيحكي في باب البيع القاسد لفرق (قوله وهذا ضعيف لأن قولهما ان الكل مبيع فن أين التفريق) أقول فيه انه يجوز أن يكون مراد الجيب انهما بقصد ان كون الكل مبيعا على مذهبهما والقاضي يحكم عذبه أي حنيفة فتفريق الصفقة عليهم ما فليتأمل (قوله ومائة مانع شرعي عن انصرف الى الجميع الخ) أقول فيه بحث فان الجهالة مانعة كما اعترف به (قوله وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه) أقول وقد تقدم ما في الجواب الذي اختاره أيضا

وأما إذا باع قطيع غنم كل  
شاة بدرهم فالبيع عند أبي  
حنيفة رجة الله في الجميع  
فاسد وقياس قوله الصرف  
إلى الواحد كما في المكيلات  
إلا أن التفاوت بين الأشياء  
موجود وفي ذلك جهالة  
تفضي إلى المنازعة بخلاف  
المكيلات وحكم المذروعات  
إذا بيعت مذارعة حكم  
الغنم إذا لم يبين جلة الذرعان  
وجلة الثمن وأما إذا بينهما أو  
أحدهما كما إذا قال بعثك  
هذا الثوب وهو عشرة  
أذرع بعشرة دراهم كل  
ذراع بدرهم أو قال بعثك  
هذا الثوب وهو عشرة  
أذرع كل ذراع بدرهم أو  
قال بعثك هذا الثوب  
بعشرة دراهم كل ذراع  
بدرهم فصحيح أما الأولى  
فظاهرة وأما الثانية فلان  
المعقود عليه معلوم وجلة  
الثمن صارت معلومة يبين  
ذرعان الثوب وأما الثالثة  
فلأنه لما سمي لكل ذراع  
درهما وبين جلة الثمن صار  
جميع الذرعان معلوما  
وكذا كل معدود متفاوت  
كالخشب والأواني وأما  
عندهما فهو جائز في الكل  
لما قلنا

( قوله فهو جاز في الكل لما قلنا ) أقول من ان ازالة الجهالة بيديهم

قال ( ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جلة الذرعان وكذا كل معدوم متفاوت وعندهما يجوز في الكل ما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد ) لما ينافي أن يبيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز لل تفاوت وبيع فقير من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تنقض الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق

بيع عبداً من أربعة على أن المشتري يخبر في تعيينه وان يجوز البيع بأي ثمن شاء لكن البيع في الكل باطل أجيب بأن البيع بالرقم تمكنت الجهالة به في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذي فيه أنه سيظهر كذا أو كذا وجوز ما إذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الحلواني بخلاف ما نحن فيه لأنه كما يعلم بكليل البائع يعلم بكليل المشتري ومثل هذا القول البيع بأي ثمن شاء ومثله في أحد العبيد الأربعة في جانب المبيع فإن البيع لا ينعقد في غير معين فكان بيعاً بلا مبيع وكان مقتضى هذا أن لا يجوز في عبداً من ثلاثة إلا أنه ثبت بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة أيام ولا يخفى أن كل أجوبة هذه النقوض تصلح أدلة لا في حقيقتها فإنها تضمنت تسليم أن الجهالة وإن كانت بيدهما إذا انتهت بعد كونها في صلب العقد وهي أن تكون في الثمن كالبيع بالرقم وبأي ثمن شاء وفي المبيع كبيع عبداً من أربعة تمتع بجواز البيع وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم بمكان إزالتهما ثابت في محل النزاع انجاز أن يظهر كونه مائة أو خمسين لا بكليل أحدهما وكون ذلك بكليل كل منهما وفي الرقم يظهر بالبائع فقط لأثره في دفع منع الحظر والتحكم في صلب العقد وهو المفسد وإذا فسد البيع في عبداً من أربعة والجهالة في مضبوط لا تحصرها في احتمالات أربعة لا تعداها فلان تنسب في صبره لا تنفك الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه أربع إمكانات أو عشرة أو بل ويُسجل عليه ما يبطلان قياسهما على بيع عبداً من عشرين إذ ظهر من الجواب أنه معدول عن القياس ولذا امتنع في أربعة أعبد وحينئذ ذرجه قول أبي حنيفة وظهر أن كون العاقلين بيدهما إزالته جهالة في صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل إزالته بدلالة الإجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع إمكان إزالته فيها وغايته إذا أثبت في المجلس وهما على رضاها ثابت بعقد التراضي والمعاطاة لا بعين الأول كما ذكر في الرقم بل ولهذه الفروع المذكورة أمثال يطول عددها يبطل البيع فيها بالجهالة في الثمن أو المبيع مع إمكان إزالته أحد المتعاقدين لها وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في ترجيح قوله ما هو موعود وأما ما يحمل قول أبي حنيفة عليه مما ذكر في المبسوط من أن الأصل عنده أنه متى أضيف كلمة كل إلى ما لا تعلم نهايته فأنما يتناول أدناه لصيغته عن الإلغاء كالإقرار بأن عليه كل درهم أغابا بزمه درهم واحد وكذا اجارة كل شهر بدرهم نازم في شهر واحد فلا حاجة هنا لأنه لو منع صحة هذا الأصل كان اثباته بعين ما ذكر في تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو ونفسه أصل هذا الأصل ﴿فرع﴾ اشترى طعاماً بغير جنسه خارج المصرو شرط أن يوفيه في منزل من المصروف العقد فاسد لأن المشتري عليه بنفس العقد فإذا اشترط لنفسه منفعة الحل فساد ولو كان في المصرو شرط أن يحمله إلى منزله فهو فاسد ولو عبر بقوله بشرط أن يوفيه في منزله ففي القياس فاسد وهو قول محمد واستحسن أبو حنيفة وأبو يوسف جوازها بالعرف فإن الإنسان يشتري الخطب والشعير على الدابة في المصرو لا يكثر دابة أخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصرو بعض المشايخ لم يفرقوا بين لفظ الحل والإيقاع في الاستحسان لأن المراد منهما واحد واختار شمس الأئمة الفرق فإن الإيقاع من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحل (قوله) ومن باع (فطبع غنم الخ) لما ذكر الصورة السابقة في المثليات ذكر نظيرها في القيمات فإذا أضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات بأن قال بعتك هذا القطيع كل شاة بددهم أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذراع ولا لجة الثمن فسد في الكل عند أبي حنيفة أما إذا سمى أحدهما فيصح

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم فلا يخالو عند الكيل من أن يكون مثل ذلك أو أقل منه أو أكثر فان كان الاول فذلك وان كان الثاني خيرا المشتري بين أخذ الموجود بمحضته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا وان كان الثالث فالرائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع (٩١) على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا كان وصفا والقدر رأى القدر

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الموجود بمحضته من الثمن وان شاء فسخ البيع) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها أكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف (ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أراضا على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بحملة الثمن وان شاء ترك) لان الذرع ووصف في الثوب الا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بمحضته

بالانفاق للعلم بتمام الثمن مطابقة أو التزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعندهما يجوز في الكل لما قلنا من أن الجهالة بيدهما ازالتهما وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا من جهالة كل الثمن والغاء كون ارتفاعها بيدهما ما غيران الا حادها متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالاجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد ففسد في الكل ولهذا لو باع شاة أو عشر من مائة شاة أو بطيخة أو عشر من وقر بطيخ كان باطلا وأما الجواز فيما اذا عرّضها وذهب والبائع ساكت فبالتعاطى على ما قدمنا قال العتاني ان ذلك في ثوب يضره التبعض أم في الكبراس فينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد كافي الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدوم متفاوت كحمل بطيخ كل بطيخة بقلس والمان والسفرجل والخشب والاراني والرقيق والابل ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن أبي حنيفة لا يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير الاين بأصله المذكور في الخلافية وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف ان كان العنب من جنس واحد يجب أن يجوز في وقر واحد عند أبي حنيفة كافي بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وان كان العنب أجناسا لا يجوز البيع أصلا عند أبي حنيفة كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا أورد الصدر الشهيد والفقيه أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وان كان من أجناس مختلفا فيه ثم قال الفقيه والفتوى على قوله ما تيسر لا أمر على الناس انتهى وتفرع الصدر الشهيد أوجه (قوله ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز) مثلا (مائة) تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة (كان للمشتري الخيار ان شاء أخذ الموجود بمحضته من الثمن) لان الثمن ينقسم بالاجزاء على أجزاء المبيع المثلي مكبلا وموزونا (وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة) الواحدة (عليه) وكذا الخلاصة في كل مكبل وموزون (وان وجدها زائدة فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين) ليس له جهة الوصفية فزاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع ولو كان المشتري ثوبا أو أراضا على أنه عشرة بعشرة أو مائة ذراع بمائة فوجد المبيع أقل فان شاء أخذ الموجود بكل الثمن وان شاء ترك وان وجدها زائدة على العشرة أو المائة كان الكل للمشتري (ولو) كان (قال على أنها مائة ذراع) مثلا (مائة) كل ذراع بدرهم فوجدها أقل فلم يشتري الخيار) ان شاء أخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه (وان كان) وجدها أكثر فله الخيار ان شاء أخذ الكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع وأصل هذا

الاول يعني المكبل لان المقدار ليس بوصف فيقابلة الثمن فلهذا يأخذه بمحضته

(قوله وان كان الثاني خيرا المشتري بين أخذ الموجود بمحضته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الخ) أقول قوله لتفرق الخ ينبغي أن يكون عملا للفسخ لا لقوله خيرا لا معنى له وأيضا لا يكون الكلام مطابقا للشروح (قوله لتفرق الصفقة عليه) أقول فرق بين التفرق والتفريق فلا مخالفة لما سبق قال المصنف (ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض) أقول الا ان فيما نحن فيه عبارة عن الطول

الرائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبائع لا يجب تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا قبض المشتري وكان كل من العاقلين مخيرا فها ان شاء باسرها أو تركها واذا كان المشتري مذروعا كان اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أراضا على أنها مائة ذراع فوجدها أقل خيرا المشتري بين أخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الذرع ووصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في البيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن اما أنه وصف فقد بينه بقرينه انه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض واما أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله كاطراف الحيوان فان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء فلهذا أي فليكون الذرع ووصفا لا يقابله شيء من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل

(وقال الا أنه يخير) استثناء من قوله يأخذ به كل الثمن وعلى هذا اذا وجدها أكثر من الذرع الذي سماه كان الزائد المشتري ولا خيار للبائع  
لأنه وصف تابع للبيع لا يقابله شيء من الثمن فصار كما اذا باع عبدا على أنه أعشى فاذا هو بصير واعلم أن هذه المسئلة من أشكل مسائل  
الفقه وقد منع أن يكون الذرع في المذروعات وصفا والاستدلال بقوله لا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لأنه كما يجوز أن  
يقال شيء طويل وعريض يقال شيء قليل أو كثير ثم عشرة أقدرة أكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل الذراع الزائد وصفا دون القفيز  
وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الأصل والوصف واختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالتنقيص فالزيادة  
والنقصان فيه وصف وماليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل وقال بعضهم ما يوجد تأثير في تقديم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره  
فهو وصف وماليس كذلك (٩٣) فهو أصل وقيل ما لا ينقص الباقي بقواته فهو أصل وما لا يكون كذلك فهو وصف

وهو قريب من الثاني  
والمكيل لا تعيب بالتعيب  
والمذروع يتعيب وعشرة  
أقدرة اذا انتقص منها قفيز  
فالتسعة تشتري بالثمن  
الذي يخصها مع القفيز  
الواحد فيما اذا قال اشترت  
هذه الصبرة بعشرة دراهم  
على انها عشرة أقدرة وأما  
الذراع الواحد من الثوب  
أو الدار اذا انتقص فان الباقي  
لا يشتري بالثمن الذي كان  
يشتري معه فان الثوب  
العنابي اذن مثلا اذا كان خمس  
عشرة ذراعا فالتسعة الزائدة  
على العشرة تزيد في قيمة  
الخمس وفي قيمة العشرة  
أيضا واذا عرف هذا عرف  
أن القلة والكثرة من حيث  
الكيل أو الوزن أصل  
ومن حيث الذرع وصف  
وهو اصطلاح يقع على ما هو  
المتعارف بين التجار فان  
قيل سلما أن الذرع وصف  
ليكن لا سلم أن الاوصاف  
لا يقابلها شيء من الثمن فان

الا أنه يخير لقوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا قال (وان وجدها أكثر من  
الذراع الذي سماه فهو المشتري ولا خيار للبائع) لأنه صفة فكان بمنزلة ما اذا باع معيба فاذا هو سليم  
(ولو قال بعثكها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم موجدتها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء  
أخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك) لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار أصلا بافراده بذكر  
الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب

ان الذرع في المذروعات وصف لأنه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فان لم يفرده بثن  
كان تابعا محضا فلا يقابل بشيء من الثمن وذلك فيما اذا قال على انها مائة بمائة ولم يرد على ذلك واذا كان  
تابعا محضا في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية  
فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن أو عورت عند المشتري جازله أن يرجع على ثمنها  
بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما يخير لقوات الوصف المشترط والمرغوب فيه كما اذا اشتراه  
على أنه كانت فوجدته لا يحسن الكتابة وله الزائد في الصورة الزائدة (كما اذا باعه) على أنه معيب  
فوجدته سليما هذا اذا لم يفرده بثن فان أفرد بالثمن وهو ما اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار  
أصلا وارفع عن التسعة فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على انها مائة ثوب كل  
ثوب بدرهم فوجدته ناقصة يخير بين أن يأخذ الاثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفرق  
الصفة فكذا اذا وجد الذرع ناقصة في هذه الصورة وهذا لأنه لو أخذها بكل الثمن لم يكن أخذ كل  
ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلا كالمولم يسلم له الثوب المفرد فيما اذا دلت  
عدد الثياب على المشروط وان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا دلت فسد البيع لزوم جهالة المبيع  
لان المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يراد بالبيع بسبب أنه أصل من كل وجه أما هنا فالذراع ليس  
أصلا من كل وجه لفسد ثبوت له الخيارات أن يأخذ الزائد بحصته وبين أن يفسخ لأنه وان صح له  
أخذ الزائد لكنه بضرر بلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بفسد البيع فكان له الخيار واذا  
ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفا تارة وأصلا أخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات الأصل دائما مع أن الطول  
والعرض أيضا يرجع الى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفا احتج الى الفرق فقيل لان المثلي لا تنقص  
ا قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت الى قفيزين في القلة لم تنقص قيمة القفيز  
بختلاف الثوب والارض لا ترى أن الثوب الذي عادته عشرة وهو قدر ما يفصل قباء أو فرجة كان بثن

المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب كن اشترى عبدا أو أعتقه أو مات ثم اطاع على  
نقصان اصبع يرجع على بائعه بالنقصان وكال اصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور أجيب بأن كلامنا في الوصف  
لا في الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم أو حكما كما اذا امتنع الرد  
لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري أو لحق الشرع أن كان ثوبا فاخطاه المشتري ثم اطاع على عيب أخذ شيئا بالاصل فأخذ قسما  
من الثمن ولو قال بعثكها يعني الثياب أو المذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثيابا لم تكن هذه المسئلة والاولى ان يقال  
يعني الارض فاذا باعها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة أخذها المشتري بحصتها من الثمن أو تركه لان  
الوصف وان كان تابعا لكنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب

وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وهذا أى أخذها بمحضها من الثمن انما هو لانه لو أخذها بجميع الثمن لم يكن المشتري أخذها كل ذراع بدرهم وهو لم يبيع الا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة على تأتي للشرط كما عرف في موضعه ونوقض بالمسئلة الاولى لان الذراع لو أمكن أن يكون أصلا بذكر الثمن كان أصلا في المسئلة الاولى أيضا لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة أذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضى انقسام الأحاد على الأحاد وأجيب بأن الذراع أصل من وجه من حيث انه من أجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن كالجمال والكتابة ثم لو جعلنا عشرة أذرع متقيمة على الافراد عند ذكر كل ذراع لزم الغامضة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالسببين وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علتهها والاولى أن يقال اذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مبيعا ضمنا ولا معتبر بذلك لما ذكرنا ان الوصف يصير أصلا اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدت زائدة أخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم أو فسخ أو ما خیار الفسخ فلانه ان حصل له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر فختير وأما لزوم الزيادة فلما بينا أنه صار أصلا مشروطا ولو أخذ بالقل لم يكن أخذ بالمشروط وفيه بحث من وجهين أما الاول فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة (٩٣) فسد البيع اذا وجدها أكثر وأقل كالأول

كان العقد واردا على أبواب عشرة وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ماسياتي وأما الثاني فهو ان الذراع لو كان أصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة أفضرة فاذا هي أحد عشر فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت في تلك الصفقة والجواب عن الاول ان الأبواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تنفض الى المنازعة والذراع من ثوب واحد ليست كذلك وعن

وهذا لانه لو أخذ بكل الثمن لم يكن أخذ لكل ذراع بدرهم (وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع) لانه ان حصل له الزيادة في الذرع لزمه زيادة الثمن فكان نفسا يشوبه ضرر فختير وانما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ولو أخذ بالقل لم يكن أخذ بالمشروط قال (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فابيع فاسد عند أبي حنيفة وقالوا هو جائز وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا) لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار أو تسعة أسهم

اذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو افرد الذراع وبيع عقده لم يساو في الاسواق ذلك المقدار بل أقل منه بكثير وذلك لانه لا يفسد الغرض الذي يصنع بالثوب الكامل فعلنا ان كل جزء منه لم يعتبر كنوب كامل مفرد (قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فابيع فاسد عند أبي حنيفة رضى الله عنه وقالوا هو جائز) وبه قال الشافعي رحمه الله (وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم) منها (جاز في قولهم جميعا) ومبنى الخلاف على أن المؤدى من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كأنه باع عشر مائة وبيع الشائع جائزا اتفاقا كما في بيع عشرة أسهم من مائة سهم وعنده مؤادة قدر معين والجواب مختلفة الجود فتنزع في تعيين مكان العشرة ففسد البيع فلا اتفقوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصابئة مبني على انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم أولهم كتاب فلا اتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه أو على الاول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن في

الثاني بأن الذراع الزائد لم يدخل كان باع بعض الثوب وفسد البيع فكمنا بالدخول فخرى في الجواز والقفيز الزائد ليس كذلك قال (ومن اشترى عشرة أذرع) شراء عشرة أذرع (من مائة ذراع من دار أو حمام) أعني أن يكون المبيع مما ينقسم أو مما لا تنقسم فاسد عند أبي حنيفة وعندهما هو جائز اذا كانت الدار مائة ذراع وشراء عشرة أسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق (لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع) كعشرة أسهم من مائة سهم في كونها عشر اختصاص الجواز بأحدهما التحكم

(قوله وفيه نظر لان قوله من حيث هو الخ) أقول تسامح في العبارة فان معلول الوصفية هو عدم مقابلة شيء من الثمن لاهذا القول (قوله فلا يكون علتهها) أقول يجوز أن يكون العلم بالوصفية معلولا لما ذكر مع كون نفس الوصفية علته بل لا لزوم المصادرة (قوله والاولى أن يقال يعنى الارض) أقول فيه ان قول المصنف فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ينشئ عن ارجاع الضمير الى الارض كما لا يخفى ثم يجوز أن يرجع الضمير الى الثوب باعتبار كونه مائة ذراع أو لكونه بمنزلة الثوب حيث نزل كل ذراع بمنزلة ثوب واحد ولعل هذا تأويل ما في النهاية (قوله فسد البيع اذا وجدها أكثر وأقل الخ) أقول ممنوع كما يظهر في مسئلة اشتراء العدل على انه عشرة أبواب (قوله وعن الثاني بأن الذراع الخ) أقول ويجوز أن يجاب عن الثاني بأنه لما كان في الذراع جهتا الاصلية والوصفية حكم بدخول الزائد بزيادة الثمن مرعاة لتينك الوجهين ولعل هذا أولى مما ذكره الشارح

ولاي حنيفة ان الذراع حقة في الالة التي يذرع بها وارادتها ههنا مذكورة فصير مجازا لما يحمله بطريق ذكر الحال وارادة الحمل وما يحمله لا يكون الامينا مخصصا لانه فعل حسي يقتضي محلا حسي او المشاع ليس كذلك فاما يحمله لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز الجاز (وذلك) أي العشرة لا ذرع غير معلوم هنا اذ لم يعلم ان العشرة من أي جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تقتضي الى المنازعة بخلاف السهم فانه امر عقلي لا يقتضي محلا حسي فيجوز ان يكون في الشائع فالجهالة لا تقتضي الى المنازعة فان صاحب عشرة أسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهم في جميع الدار على قدر نصيبهم مما منه وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيب من أي موضع كان ولا فرق عنده بين ما ذاعلم (٩٤) جملة الذرعان كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من

لم يعلم كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهة المانعة من الجواز خلافا لما يقوله الخصاص ان الفساد انما هو عند جهة الجهالة لجملة الذرعان وأما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز جعل هذه المسئلة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه معلوما فانه يجوز عنده قال (ومن اشترى عدلا على انه عشرة أبواب) عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحبل اذا اشترى عدلا على انه عشرة أبواب بعشرة دراهم فكان تسعة أو أحد عشر فسد البيع أما اذا زاد فله جهة البيع لان الزائد يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة تقتضي الى المنازعة وأما اذا نقص فله وجوب سقوط حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدرى

وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعمل لما يحمله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أي حنيفة بين ما ذاعلم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاص لبقاء الجهة ولو اشترى عدلا على انه عشرة أبواب فاذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهة البيع أو الثمن (ولو بين لكل ثوب ثمانية في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة) لجهة العشرة المبيعة ترجيح المبني فان حنيفة يقول (الذراع اسم لما يذرع به) ومعلوم انه لم يرد بالبيع عشر من الخشب التي يذرع بها فكان مستعارا لما يحمله وما يحمله معين فكان المبيع معين مقدار بعشرة أذرع (بخلاف) عشرة أسهم لان السهم اسم للجزء الشائع فكان البيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم وقد يقال ان تعيين جملة ذرعان الدار قرينة على انه انما أراد بيع الشائع لان به يعرف نسبة العشرة من الكل انما بالعشر والا فلا فائدة في تعيينه لان العشرة أذرع لا يتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه وقد يقال فائدة لا تتعين في ذلك لجواز أن يرفع به الفساد فان بيع عشرة أذرع من ثوب لا يجوز على قول أبي حنيفة ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشايخ وعلى قول آخرين يجوز لانها جهالة يدهما ازالها في ذرع الكل فيعرف نسبة العشرة ويصح هذا بناء على ما تقدم لهم من بيع مسبوقة لجواز أن يكون العاقد يرى الرأى الاول ولما وضع المسئلة في الجامع في عشرة أذرع من مائة ذراع ظهر ان ما قال الخصاص من أن الفساد عنده فيما اذا لم يعرف جملة الذرعان وأما اذا عرف جملتها فالبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية وكذا من جهة الدراية فان الفساد عنده لجهة الجهالة كما قلنا وبمعرفة قدر جملة المبيع لا تقتضي الجهالة عن البعض الذي يبيع منه واختلاف المشايخ على قولهم ما فيها اذا باع ذراعا أو عشرة أذرع من هذه الارض ولم يسم جملته اقبل على قولهما لا يجوز لان صحته على قولهما باعتبار انه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك فرع معرفة جملتها والصحيح انه يجوز لانها جهالة بأيديهم ما ازالها بان تقاس كما هي فيعرف نسبة الذراع أو العشرة منها فيعلم قدر المبيع (قوله ومن باع عدلا) صورتها أن يقول بعتك ما في هذا العدل على انه عشرة أبواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمانية قابل المجموع بالمجموع (فاذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهة البيع) في صورة الزيادة لما قررناه من قريب في الفرق بين الثوب والذراع الذي صار أصلا من وجه (والثمن) في صورة النقصان لان الثمن لا تنقسم اجزائه على حسب اجزاء المبيع القبي والياب منه فلم يعلم لاثوب الذهاب حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك قدر منه فكان الناقص من الثمن قد راجع ولا فيصير الثمن مجهولا (ولو) كان (فصل لكل ثوب ثمانية) قال كل ثوب بعشرة (جاز) البيع (في فصل النقصان بقدره) أي بما سوى قدر النقص لعدم الجهالة لكن مع ثوب الخيار لا يشتري لتفريق الصدقة عليه (ولم يجز في الزيادة) لان جهالة المبيع لا ترتفع فيه لوقوع المنازعة في تعيين العشرة

انه كان جيدا أو وسطا أو رديا وحينئذ لا تدري قيمته يقين حتى تسقط فكانت جهالتها وجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك في فساده واذا بين لكل ثوب ثمانية قوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاع ترك لانه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهة العشرة المبيعة

قال المصنف (وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعمل لما يحمله الذراع) أقول قال الاتفاقى كان القياس أن يقول استعيرت لانه أسند الى ضمير الذراع وهي مؤنثة لكن ذكر الفعل على تأويل الذراع بما يذرع به اه لكن قال في القاموس الذراع بالكسر من طرف المرفق الى طرف الاصبع الوسطى والساعد وقد ذكر فيها جمع أذرع وذرعان بالضم اه وذكر باعتبار الخبر

ومن مشايخنا من قال إن البيع فاسد عند أبي حنيفة في فصل النقصان أيضا لأنه جمع بين الوجود والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرط القبول في الوجود ففسد العقد كالمو جمع بين حرو عود في صفقة وسمى لكل واحد ثنائيا لأنه لا يجوز البيع عنده في الفن خلافا لهما كذلك هذا واستدل بما ذكره محمد في الجامع الصغير رجل اشترى (٩٥) ثوبين على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة

فاذا أحدهما هروى والآخر هروى فالبيع فاسد في الهروى والهروى جميعا عند ابن حنيفة رحمه الله وعندهم يجوز في الهروى ووجه الاستدلال أن الفات في الصفقة مسألة الجامع الصغير لأصل الثوب فاذا كان فوات الصفقة في أحد البدين ففسد العقد على مذهبه فقوات أحدهما من الأصل أولى أن يفسد قال الشيخ وليس يصحح لأن عن النافص معلوم قطعاً فلا يضر الباقي وفرق بين هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لأنه جعل القبول في المروى شرط العقد في الهروى وهو شرط فاسد لأن المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسداً وهذا لا يوجد ههنا فإنه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد إرادته على الموجود فقط وليكن غلط في العدد وهروى بفتح الزاء ومروى بسكونها منسوب إلى هرة ومروى قريبان بخراسان

وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضا وليس يصح بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فاذا أحدهما هروى حيث لا يجوز فيه ما وان بين عن كل واحد منهما لأنه جعل القبول في المروى شرط الجواز العقد في الهروى وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترا

المبيعة من الأحاد عشر (وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز) البيع (في فصل النقصان أيضا) قال في الذخيرة وأكثر مشايخنا على أن ما ذكر في الكتاب من أن البيع جائز في الثياب الموجودة قولها مما على قول أبي حنيفة فالعقد فاسد في الكل لأنه فسد في البعض ففسد مقارن وهو العدم والأصل عند أبي حنيفة أن العقد متى فسد في البعض بفساد مقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسألة في الجامع تذل على هذا وهي رجل (اشترى ثوبين على أنهما هرويان) كل ثوب بعشرة (فاذا أحدهما هروى) يسكون الرأى نسبة إلى قرية من قرى الكوفة أما النسبة إلى مرو والمعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاى فيقال مروى وكأنه للفرق بين القريةين قال فسد البيع في الثوبين جميعا عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في الهروى والفات في مسألة الجامع الصفقة لأصل الثوب وقد فسد في الكل بفواته ففساده في الكل والنات أحدهما أولى واليه مال المالونى وقال أنه الصحيح عنده وكذا نسبة شمس الأئمة السرخسى إلى أكثر مشايخنا ثم قال والصحيح عندى أن هذا قولهم جميعا يعنى عدم الفساد في الباقي لأن أباحنيفة في نظائر هذه المسئلة إنما يفسد العقد في الكل لوجوده في المفسدة وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطاً في قبوله في الآخر وهما لا يوجد ههنا فإنه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدوم بل على الموجود فقط فغلط في العدد بخلاف تلك المسئلة فإنه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطاً لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد وأقول قوله ما شرط قبول العقد في المعدوم إن كان صريحاً بما عاوم ولا يضر فإن في الثوبين أيضاً ما شرط قبوله في المروى صريحاً وانما المقصود أنه إذا أضاف العقد إلى متعدد صفقة كان قبول العقد في كل شرطاً في قبوله في الآخر كما في الثوبين ولا شك أن في العشرة أيضاً كذلك فكان قبوله في العاشر شرطاً لقبوله فيما سواه ولا وجود للعاشر فكان قبوله في المعدوم شرطاً إلى آخره وحاصل قوله وما قصد إلى آخره ما أشار إليه المصنف وهو أن الشئين الموجودين الموصوفين بوصف إذا دخل في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطاً لقبول الآخر بذلك الوصف فاذا انعدم ذلك الوصف في أحدهما كان ذلك شرطاً فاسداً في القبول في الآخر بخلاف ما إذا كان معدوماً بذاته ووصفه فإنه ليس حينئذ دخلاً في العقد حتى يكون قبوله شرطاً للصحة العقد في الآخر لأنه معدوم فيجعل ذلك غلطاً فلم يجعل شرطاً لم يفسد العقد في الآخر فظهر أن محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا شك أن اعتبار الغلط إنما ينأى من جهة البائع على معنى أنه انما أوجب في تسعة ولكنه عبر عنها بعشرة غلطاً فالمشترى لما قبل في عشرة ما كان غلطاً فالتاقي الإيجاب والقبول كالمعزل تسعة أبواب من عشرة وقال بعثك هذه التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا العشرة وإن كان معنى غلطه أنه قصد الإيجاب في عشرة وليس في الواقع إلا تسعة لم يفسد الصحة لأن المقود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطاً لقبوله في التسعة وهذا لأنه جاد في اعتقاد قيام العشرة فإن لم يكن في ملكه فأحرى أن يكون البيع باطلاً

قال المصنف (فاذا أحدهما هروى) أقول قال ابن الهمام يسكون الرأى نسبة إلى قرية من قرى الكوفة وأما النسبة إلى مرو والمعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاى فيقال مروى وكأنه للفرق بين قريةين اه وفيه كلام (قوله لأن المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد) أقول لا يقال إذا كان غير مذكور فبأى شيء علم الشرط لأنه لا يعلم من إشارته إليهما حين البيع فليستأمل

قال (ولو اشترى ثوبا واحدا) اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فزاد أو نقص نصف ذراع قال أبو حنيفة اذا زاد أخذه بعشرة بلا خيار وفي النقصان بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف اذا زاد أخذه بأحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد أخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم (فيجزأ عليه) من التجزئة وفي بعض النسخ (٩٦) يجري عليه أي على النصف حكم المقابلة ويخير كالمواضع عشرة بعشرة فنقص ذراع (ولابي

يوسف أن بافرد البديل صار كل ذراع) كسوب على حدة والثوب اذا بيع على أنه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم ولاي حنيفة رضي الله عنه قد ثبت ان الذراع وصف في الاصل لا يقابله شيء من الثمن وانما أخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوما وزال موجب كونه أم لا فعد الحكم الى الاصل وهو الوصف فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فسلم له مجانا وقيل هذه الاقوال الثلاثة في الثوب الذي تتفاوت جوانبه كاسراويل والقميص والاقبية أما في الكرباس الذي لا تتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة لانه وان اتصل ببعضه ببعض فهو في معنى المكمل والموزون لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعا منه ولم يعين موضعه جاز كافي الحنطة اذا باع قفيزا منها

(قوله كالمواضع عشرة بعشرة فنقص ذراع) أقول الاولى

(ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رحمه الله في الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف رحمه الله في الوجه الاول يأخذه بأحد عشر ان شاء وفي الثاني يأخذ بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله يأخذ في الاول بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير) لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجوز عليه حكمها ولاي يوسف رحمه الله أنه لما أفرد كل ذراع ببديل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولاي حنيفة رحمه الله أن الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا تتفاوت جوانبه لا يطيب للشترى ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

كما ذكر في باع كرام من حنطة وليس في ملكه حنطة البيع باطل ولانه باع ما ليس عنده وفي المحيط روى قاضي الحرمين أن العقد فاسد في الفصل الاول وفيه أبيعك هذه الحنطة على أنها أقل من كرفوجدها كذلك جازا في رواية عن أبي يوسف وان وجدها كرا أو أكثر فالباع فاسد وكذا اذا قال على أنها أكثر من كرفوجدها كذلك وان وجدها كرا أو دونه ففساد ولو قال كرا أو كرين جاز كيف ما كان غير أنه يخير في الأقل كالمواضع على أنها كرو على هذا اذا اشترى عن يميني كرم معين على أنه كذا وكذا منا وكذا في العدديات المتقاربة انتهى وجه الفساد في الاكثر أنه لا يعلم قدر الزائد فانه ليس الاقل من الكرا ولا اكثر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد الى البائع بخلاف ما اذا قال كرا أو كرين ولا وجه للرواية عن أبي يوسف لان غاية ما في ذلك انه باع صبرة بشرط أن لا تبلغ المقدار فلاني والله أعلم (قوله ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رحمه الله في الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذ بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف رحمه الله في الاول يأخذ بأحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله في الوجه الاول يأخذ بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير) وجه قوله (ان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجوز عليه حكم المقابلة) وحكمها أن يجب في مقابلة كل جزء اضافي من الذراع مثله من الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه وثمانه بثمانه وهكذا وفي بعض النسخ فيجزأ الدرهم عليه أي يقابل كل جزء له نسبة خاصة بجزء كذلك من الاخر وضمير يجزأ يصح عوده الى كل من الذراع والدرهم الا أن الدرهم أقرب مذكور وانما يخير في الزيادة لان سلامة النصف بمقابلة ضرره فلا يلزمه الا بالزامه وفي النقصان لفوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشرة (ولابي يوسف أنه لما أفرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع منزلة ثوب مفرد) بيع على انه ذراع لما عرف أن أفراده الذراع بالثمن يخرج عن الوصفية الى الاصلية (وقد انتقص) عن الذراع فلا ينتقص شيء من الثمن وانما يثبت الخيار له لما ذكرنا من أن في الزيادة نفعا يشوبه ضرر وفي النقصان فوات الوصف المرغوب فيه (ولابي حنيفة أن الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط)

وكان

هو تعميم الكلام لكلا طرفي الزيادة والنقصان بأن يقول كالمواضع عشرة بعشرة كل ذراع بدرهم فنقص منها أو زاد ذراع ولا بد لمحمد رحمه الله تعالى من الفرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم من انه اذا باع ثوبا على انه عشرة أذرع بعشرة فان ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم ثابتة هناك أيضا ولعله منع ذلك للتفاوت في اطراف الثوب الواحد ولا كذلك اطراف الذراع الواحد منه غالبا (قوله والثوب اذا بيع على أنه كذا ذراعا الخ) أقول ولم يعين لكل ذراع عن بل بيع على انه عشرة أذرع بعشرة دراهم مثلا

**فصل** مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احدهما ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في المبيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعه في الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لالان يفصله فيه فهو اتصال قرار وعلى هذا (دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف) لا يقال لان اسم تناوله البناء في العرف (٩٧) فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على

العرف كما تقدم (لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها) وهي اذ لم تكن داعية للمين لا يتقدمها كما تقدم والبناء ليس بداع الى المين فلم يتقدم به وحش بالدخول بعد الانه دام (ولان البناء متصل به) أي بالارض على تاويل المكان (اتصال قرار) فيكون تابعه

**فصل** ومن باع دارا دخل بناؤها في المبيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعه

وكان الاولى أن يقول حكم الاصل أو النوب المنفصل بالشرط لان المقدار أيضا وصف على ما تقدم وأخذ حكم الاصل مقيد بكونه ذراعا فإذا لم يوجد لم يوجد ما أخذ حكم الاصل فيبقى على الاصل من كونه وصفا لا يقابله شيء من الثمن وإذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لانه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما لو اشتراه معيبا فوجده سليما ويتخير في النقصان لتفرق الصفة ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح وقد كره حاصل الوجه المذكور وفي قوله مقيد بكونه ذراعا إشارة الى الجواب عن قول محمد أنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان لبعض منه حكم الوصف لانعدام المقابلة به

**فصل** ومن باع دارا (قوله مسائل هذا الفصل) أقول أي بعضها والا فبعضها بل أكثرها لا ينبغي على واحدة منهما (قوله مبنية على قاعدتين) أقول يعني انه لا يتخلو من البناء على واحدة منهما (قوله على معنى انه ما وضع الخ) أقول أي اتصال ما وضع الخ فاللصاف مقدر (قوله وما وضع لان يفصله الخ) أقول يعني واتصال ما وضع الخ (قوله لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها الخ) أقول لعل خلاصة الجواب انه عارض ذلك العرف عرف أقوى منه في المين اذ هي للامتناع عن الشيء والبناء لا يكون داعيا الى

**فصل** لما ذكرنا من عقده البيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في المبيع مما لم يسم وما لم يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك (قوله ومن باع دارا الخ) في المحيط الاصل ان كل ما كان في الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كاسلم المتصل والسور والدرج المتصلة والخارج الاسفل من الرج ويدخل الخراج الاعلى عندنا استحسانا والمراد بجحر الرج المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم أما في ديار مصر لا تدخل رحا اليد لانها بجحرها تنقل وتحول ولا تبني فهي كالاباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار نعم لو ادعاه أحد هما لنفسه بأن قال هذا ملكي وضعته فان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري واستدل المصنف على دخول البناء (بأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبأنه متصل بها اتصال قرار) واستشكل الاول بمسئلة الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما تم بدم بناؤها بحث فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يثبت وهذا الواجب التعليل الاول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم أجيب بأن البناء وصف فيها وهو لغوي المعينة فكانت حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الا ان دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونه دارا وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة في الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا ان كان قال بمرافقها ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان أو كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار قاله أبو سليمان وقال أبو جعفر ان كان أصغر من الدار ومفتحة فيها يدخل وان كان أكبر أو مثلها لا يدخل وقبل ان يصغر دخل والا وفيه يلحقكم الثمن وفي المتنق اشترى حائطا يدخل ماتحته من الارض وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد والحسن وقول أبي يوسف لا يدخل وأما أساسه قبل الظاهر من مذهبه انه يدخل لانه جزء الحائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدر ودون قصاعه وأما قدر النصارين والصباغين وأجاجين الغسالين

(١٣ - فتح القدر خامس) المين في أمثال قولهم والله لا أدخل هذه الدار في عرف الناس فليتا مل ثم أقول ويجوز أن يجاب بقول كون البناء جزءا من الدار فانه ركن زائد لا يتغير اسم الدار بتغيره ألا يرى ان من حلف لا يكلم زيد افكلمه بعد ما قطع يده ورجله بحث مع كونه مادا خليا في زيد واذا بيع دخل يده ورجله في البيع كالا ينفق وهذا الكلام اجمالي وأصل ما ذكرنا في كتب الاصول في باب الاحكام (قوله اذ لم تكن داعية لا يتقدمها) أقول لا ينعقد بيعها في العرف (قوله ولان البناء متصل به أي بالارض على تاويل المكان) أقول لم يتقدم ذكر الارض والاولى أن يقال أي بالعرصة نعم ما ذكره صحيح في قوله لانه متصل به للقرار

(ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه) لانه متصل بها للقرار فأشبهه البناء

وخوابي الزياتين وجبايهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه الميثب كل ذلك في الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغي أن تدخل كما اذا قال عرفها وأما الطريق ونحوه فسيأتي ان شاء الله تعالى في باب الحقوق **فروع** باع فرسا دخل العذار تحت البيع والزمام في بيع البعير ولم يذكر في شيء من الكتب ما اذا باع فرسا وعليه سرج قيل لا يدخل الا بالنقص أو بحكم الثمن ولو باع حمارا قال الامام محمد بن الفضل لا يدخل الا كاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما اذا كان موكفا أو غير موكف في فتاوى قاضيان وهو الظاهر فلا كاف فيه كالسرج في الفرس وقال غيره يدخل الا كاف والبرذعة تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخل بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية ولا يدخل المقود في بيع الحمار لانه يتقاددونه بخلاف الفرس والبعير ولينأمل في هذا باع عبدا أو جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما وارى عورته فان بيعت في ثياب مثلها دخلت في البيع والبائع أن يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها يستحق ذلك على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب أو وجد بالثوب عيبا لا يرجع على البائع بشيء ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشتري أو تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر في الكافي من رجل له أرض وفيها نخل لغیره فباعه ما رب الأرض باذن الآخر بألف وقيمة كل منها خمسة مائة فالثمن بينهما مائة فان استوائهم مافيه فلو هلك النخل قبل القبض بأفة سماوية خير المشتري بين الترك وأخذ الأرض بكل الثمن لان النخل دخل تبعا فلا يباع به شيء من الثمن ثم الثمن كله لرب الأرض لا تنتقض البيع في حق النخل والثمن كله بعباقبه الاصل وهو له دون التسع ولو باع أنا ناله بحش أو بقره لها بمول مختلف قبل يدخلان وقبل لا يدخلان وقيل يدخل المحمول دون الحش ولو باع عبدا له مال ان لم يذ كر المال في البيع فماله لم يولد وان باعه مع ماله بكذا ولم يبين المال فسد البيع وكذا لو سمي المال وهو دين على الناس أو بعضه فسد البيع وان كان عينا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها أو كان الثمن من جنسه بان كان دراهم والثمن كذلك فان كان الثمن أكثر جاز وان كان مثله أو أقل لا يجوز لانه يبيع للعبد بلاغث وان كان منها ولم يكن من جنسه بان كان دراهم ومال العبد نائير أو بالقلب جاز اذا تقابض في المجلس وكذا لو قبض مال العبد ونقد حصته فقط من الثمن وان اقرقا قبل القبض بطل العقد في مال العبد اشترى دارا فوجد في بعض جذوعها مالا ان قال البائع هو لي كان له فبرد عليه لانها وصلت الى المشتري منه وان قال ليس لي كان كالقطعة ولو قال صاحب علو وسفل لاخر بعت منك علو هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حق القرار عليه (قوله ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها اتصال قرار فأشبهه البناء) ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلا لما قال بعض المشايخ ان غير المثمرة لا تدخل الا بالذكر لانها لا تغرس القرار بل للقلع اذا كبر خشبها فصارت كالزروع ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل وفي فتاوى قاضيان ولو باع أرضا وفيها أشجار مغارة محمول في فصل الربيع وتباع ان كانت تقلع من أصلها تدخل في البيع وان كانت تقطع من وجه الأرض فهي للبائع الا بشرط نعم الشجرة اليابسة لا تدخل لانها على شرف القلع فهي كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الأرض والدار الا بذكر الحقوق وكذا في الاقرار والصلح والوصية وغيرها ولا يدخلان في الاجارة والرهن والوقف والقسمة لانها تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدونهما بخلاف البيع فانه ينعقد لمالك الرقبة فقد يراد به الانتفاع بالتجارة فيها ولا يدخل الثمر الذي على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراق وأوراق الفرساد

(واذا باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجرة) كبيرة كانت أو صغيرة مثمرة أو غيرهما على الاصح (وان لم يسمه لا اتصال فأشبهه البناء)

(ولا يدخل الزرع في بيع الأرض الابالتسمية) لانه متصل بها للفصل فشابها المتاع الذي فيها (ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثم فثمرته للبائع الآن بشرط المتاع) لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمره للبائع الآن بشرط المتاع ولان الاتصال وان كان خلقه فهو لقطع لا للبقاء فصار كالزرع

والنوت لانه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجرة عار فثمرته المشتري له فأكله البائع سقطت حصته من الثمن ثم ثبت الخيار للمشتري في الصحيح لفرق الصفة عليه عند أبي حنيفة بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوي خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق غير خلاف وكما يدخل في البيع أشياء بلا تسمية وهو ما يدخل تبعا كذلك يخرج منه أشياء بلا تسمية كما إذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والقارفين وسور القرية لان السور يبقى على أصل الاباحة عند القسم فلا يدخل في البيع وفي الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من المخلصة باع قرية وفيها مسجد واستثناء هل يشترط ذكر الحدود واختلاف المشايخ واستثنى الحياض وفي المقبرة لا بد من ذكر الحدود الا أن تكون ربوة (قوله ولا يدخل الزرع في بيع الأرض الابالتسمية لانه متصل بها للفصل) أي لفصل الآدمي اياها لا لتفعاها بها (فشابها المتاع الذي فيه) أي في البيع فأن دفع ما ورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل جملها في البيع مع انه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التسمية فيه وأيضا الام وما في بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس بجانس للأرض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الأصل فبعد ذلك ينتظر ان كان اتصاله للقرار كافى للشجر كان متصلا للحال وفي فاني الحال فيدخل بطريق التبعية لسد الاتصال لا لجنسية الجزئية وان كان اتصاله للفصل في فاني الحال كالزرع يجعل منفصلا فلا يدخل فان قيل ينبغي أن يدخل لان الاتصال قائم في الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم الجواب بأن الموجب للدخول اما شمول حقيقة السمي في البيع له أو تبعيته له والتبعية بأن يكون مستقرا للاتصال به لا بمجرد اتصاله الحالى مع انه بعرضية الفصل وانتفاء المجانسة ظاهرة فلم يتحقق موجب الدخول والله أعلم (قوله ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثم فثمرته للبائع الآن بشرط المتاع) لنفسه أي يشتري الشجرة مع الثمرة التي فوقها ولا فرق بين المؤثرة وغير المؤثرة في كونها للبائع الا بالشرط ويدخل في الثمرة الورود والياسمين والخلاف ونحوهما من المشهورات فالكل للبائع وعند الشافعي ومالك وأحمد يشترط في ثمر النخل التأبير فان لم تكن أبرت فهي للمشتري والتأبير التلقيح وهو أن يشق عناقيد الكم ويند فيها من طلع الفحل فانه يصلح ثمرات النخل لما روى أصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الآن بشرط المتاع ومن باع نخلا مؤبرا فالثمره للبائع الآن بشرط المتاع وفي لفظ البخاري من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها الذي باعها الآن بشرط المتاع وحاصله استدلال بفهمهم الصفة فن قال به يلزمه وأهل المذهب يقولون بحجته وقدر روى محمد بن جرير في شفة الأصل عنه عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمره للبائع الآن بشرط المتاع من غير فصل بين المؤبر وغير المؤبر وهو الحديث الذي ذكره المصنف وما قيل ان في مرويهم تخصيص الشيء بالذكور فلا يدل على نفي الحكم عما عداه انما يلزمهم لو كان لقباليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كذا كرنا ولو صح حديث محمد بن جرير رحمه الله فهم يحكمون المطلق على المقيد وعلى أصول المذهب أيضا يجب لانه في حادثة واحدة في حكم واحد والذي يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذکور في الكتاب بقوله انه متصل للقطع لا للبقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم يقدرون القياس على المفهوم اذا تعارضوا حينئذ فيجب أن يحمل الأبار على الأثمار لانهم لا يؤخرونه عنه فكان الأبار علامة الأثمار

ولا يدخل الزرع في بيع الأرض الابالتسمية لانه متصل به للفصل فشابها المتاع الموضوع في النار وفوقه بالجل فانه متصل بالام للفصل ويدخل في بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذکور فان البشر ليس في وسعه فصل الجل عن الام قال (ومن باع نخلا) باع نخلا (أو شجرا عليه ثم فثمرته للبائع الآن) أن يقول المشتري اشتريته مع ثمرته (لقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضا فيها نخل فالثمره للبائع الآن بشرط المتاع) وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المعقود عليه أرض فيها نخل عليه ثم فقال عليه السلام الثمرة للبائع الآن بشرط ولم يذكر النخل وقوله (ولان الاتصال وان كان خلفه) فيه إشارة الى ان الاعتبار للحال الثاني والحال الاولى لا فرق فيها بين أن يكون خلقه أو موضوعا

(قوله وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار الخ) أقول فيه تأمل فان تخصيص الثمر بالذكور لا يدل على نفي الحكم عما لم يذكر على ما هو المذهب

(ويقال للبائع سلم المبيع) فارغا لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع (وقال الشافعي بتركه حتى يسد صلاح الثمر ويستخصد الزرع لأن الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد أن لا يقطع) وقاسه على ما إذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد (١٠٠) والجواب ان لا نسلم أن المعتاد عدم القطع الى وقت البدو والاستخصد اسلمناه

(ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله بتركه حتى يظهر صلاح الثمر ويستخصد الزرع لأن الواجب انما هو التسليم المعتاد والمعتاد أن لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هنالك التسليم واجب ايضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كنسليم العوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما تبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر

فعلق به الحكم بقوله نخلنا مؤبراعني مثمرا وما نقل عن ابن أبي ليلى من أن الثمرة مطلقا للمشتري بعيدا بضادا لاحاديث المشهورة (واذا) كانت الثمرة للبائع (يقال له اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع (يقال له اقلعه وسلم المبيع) لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي بتركه حتى يظهر صلاح الثمر ويستخصد الزرع) وهو قول مالك وأحمد رحمهما الله (لأن الواجب هو التسليم المعتاد ولهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال اذا بيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينظر طلوع النهار ووجود الحالين (وفي العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع) فانه يترك حتى يستخصد رضى المؤجر أو لم يرض واذا كان كذلك فلا يبالى بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين أقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور ويقال استخصد الزرع يستخصد بكسر الصاد جاع وقت حصاده أجب المصنف (بأن هنالك) أي في الاجارة (أيضا يجب التسليم) ولذا تجب الاجارة في التبقية لأن تسليم العوض تسليم العوض ولا بد في تمامه من تسليم أن المعتاد في الاجارة التبقية بالاجارة وعدم تسليم عين الارض في الحال والاول لم يرض المؤجر بالتبقية وأخذ الاجارة كان له أن يكلفه أن يقلعه في الحال وليس له ذلك فظهر أن التسليم المعتاد يجب اعتباره ثم يقول هو في البيع بتركه الى ما ذكرنا مجانا وفي الاجارة بتركه بأجر ولا مخلص من هذا الا أن يتم منع أنه معتاد في البيع كذلك والا فاذ افرق بين البيع والاجارة بأن اقدام البائع على البيع مع علمه بأن المتاع يطالبه بتفريغ ملكه وتسليمه فارغ ادالة الرضا بقطعه فلم تجب رعايته جانبه بتبقية الارض والشجر على حكم ملكه بخلاف المستأجر فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا بقطع ثمره وزرع فوجب رعايته جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالاجارة انجبه أن يقال انما يكون اقدامه على البيع رضا بالقطع في الحال لولم يكن التأخير الى الصلاح معتادا أما اذا كان معتادا فلا وقد منعت العادة المستمرة بذلك بل هي مشتركة فقد تتركون وقد يبيعون بشرط القطع والله أعلم ثم هل تدخل أرض الشجر في البيع يبيعها ان اشتراها للقطع لا تدخل بالاجماع وان اشتراها ببيع عام مطلقا لا تدخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن الارض أصل والشجر تبع فلا ينفصل الاصل تبع وهو قول الشافعي وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة وقول للشافعي يدخل ما تحتها بقدر غلط ساقها وفي جمع النوازل والقناوى الصغرى هو المختار لأنه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الارض والافه وجذع وحطب فيدخل من الارض ما يتبعه حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة فيقدر بقدرها وقيل قدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها والعظام ولو شرط قدرها فعلى ما شرط وقوله (ولا فرق) بين أن

لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسطقه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي اقدامه على بيعها مع علمه بطلان البيع المشتري بتفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا (قوله هنالك) إشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقريره (التسليم واجب) في صورة انقضاء مدة الاجارة أيضا (ولا يتركه الا بأجر وتسليم العوض تسليم العوض) لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتى (ولا فرق بين أن يكون الثمر بحال له قيمة أو لم يكن) في كونه للبائع (في الصحيح) وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري وجه الصحيح أن يبعه منفردا يصح في أصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن موضوعا للقرار

(قوله وقد عارضه دلالة الرضا بذلك) أقول أنت خبير بأنه لا يظهر لقوله وقد عارضه دلالة الرضا وجه بعد تسليم ان العرف

في أمثال ذلك عدم القطع الى وقت البدو والاستخصد فتأمل والله الموفق للرشاد قال المصنف قلنا يكون هنالك التسليم واجب ايضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كنسليم العوض (أقول لا يقال الاجر عوض المنفعة لا الارض فلا يتم التقريب لأن المعنى أقيم مقام المنفعة فيها على ما سيجي) (قوله لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتى) أقول يعني سيأتى من أنه يكون صفقة في صفقة ثم قوله لما سيأتى في جواب عن قوله لا يقال الخ

(قوله وأما إذا بيعت الأرض) يعني معطوف على قوله ولا فرق يعني الثمر لا يدخل في البيع وإن لم تكن له قيمة (وأما الأرض إذا بيعت وقد بذر فيها) صاحبها ولم ينبت فإنه لا يدخل في البيع لأنه مودع فيها كالتناع) وذكري فتاوى الفضلي ذلك فيما إذا لم يعفن البذر في الأرض وأما إذا عفن فيها فهو للشري وهذا لأن بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعا (١٠١) (ولو نبت ولم يصر له قيمة) قال أبو القاسم الصفار

لا يدخل وقال أبو بكر الاسكافي  
يدخل قال الشيخ (وكأن)  
وصح بعض الشارحين  
تشديد النون (هذان بناء  
على الاختلاف في جواز  
بيعه) يعني في جواز بيعه  
قبل أن تناله المشافر والمناجل  
لم يجعله له تابعاً للغيره ومن لم  
يجوز به جعله تابعاً لمشتري  
كغير شفته والجمع مشافر  
والمناجل ما يحصد به الزرع  
والجمع مناجل قال (ولا  
يدخل الزرع والنثر) اعلم  
أن اللفاظ في بيع الأرض  
المزروعة والشجرة المثمرة  
أربعة الأول أن يقول بعث  
الأرض أو الشجر ولم يزد على  
ذلك وقد تقدم بيان ذلك  
والثاني بعث بمحصولها  
ومرافقها والثالث بعث  
بكل قليل وكثير هوله فيها  
ومنها من حقوقها أو من  
مرافقها والرابع بعث بكل  
قليل وكثير هوله فيها ولم يقل  
من حقوقها أو من مرافقها  
وفي الثاني والثالث لا يدخل  
الزرع والنثر لأن الحق في  
العامة يذكر لما هو تبع لا بد  
للبيع منه كالطريق والشرب  
والمرافق ما يرتفق به وهو  
مختص بالتابع كسبيل  
الماء والزرع والنثر ليسا

وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيها كالتناع ولو نبت ولم  
تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكأن هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل  
أن تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والنثر بذكر الحقوق والمراقب لأنهم ليسا منهما ولو قال بكل  
قليل وكثير هوله فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخل فيه لما قلنا أن لم يقل من حقوقها  
أو من مرافقها خلا فيه أما النثر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المناع لا يدخل إلا بالتصريح به  
يكون له قيمة أولاً في الصحيح احتراز عن قول البعض أنه لم يكن له قيمة يدخل والصحيح لا يدخل في الخاتين  
أن كان له قيمة أولاً لم تكن وعنده أن يبيعه يصح في أصح الروايتين مع كونه ليس للقرار وما يصح بيعه وليس  
للقرار لا يدخل في البيع تبعاً للغير بخلاف البناء فإنه يجوز بيعه منفرداً ولكنه موضوع للقرار (قوله)  
وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل فيه لأنه مودع فيها كالتناع) هكذا أطلق المصنف  
وكذا أطلقه غير واحد وقيد في الذخيرة بما إذا لم يعفن أما إذا عفن فهو للشري لأن العفن لا يجوز بيعه  
على الانفراد فصار كجزء من أجزاء الأرض فيدخل في بيع الأرض واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل  
بكل حال كما هو إطلاق المصنف وفي فتاوى الفضلي كما في الذخيرة قال ولو عفن البذر في الأرض فهو للشري  
والأقل البائع ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو باعها بعد  
ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يرجح المصنف منها شيئاً ورجح في  
التجسس قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب أنه يدخل نص عليه القدروري في شرحه وفي شرح  
الاسيحاقي انتهى وقول الفقيه أبي الليث هو قول أبي القاسم وفي فتاوى قاضيان قال الشيخ الإمام أبو  
بكر محمد بن الفضل هذا إذا صار الزرع متقوماً أي لا يدخل فإن لم يكن متقوماً يدخل الزرع من غير ذكر  
قال وإنما تعرف قيمته بأن تقوم الأرض مبذورة وغير مبذورة فإن كانت قيمتها مبذورة أكثر من قيمتها غير  
مبذورة وعلم أنه صار متقوماً انتهى وبهذا أظهر أن حكاية اتفاق المشايخ على عدم الدخول مطلقاً ليست  
واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقاً والتفصيل بين أن يعفن فيدخل وألا فلا وكان المناسب أن يقول  
تقوم الأرض بلا ذلك الزرع وبه فإن زاد فالأند قيمته وأما تقومها بمبذورة وغير مبذورة فاعلمنا ما يناسب من  
يقول أن عفن البذر يدخل ويكون للشري ويعلم أنه لا يجوز بيعه وحده لأنه حينئذ ليس له قيمة قال  
المصنف (وكأن هذا) بتشديد النون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة وعدمه (بناء  
على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل) من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال  
يجوز قال لا يدخل ولا يخفى أن كلاماً من الاختلافين مبني على سقوط تقومه وعدمه فإن القول بعدم جواز  
بيعه وبدخوله في البيع كلاهما مبني على سقوط تقومه والأوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع  
الخشب كما ولد على رجاء حياته فينتفع به في ثانی الحال (قوله ولا يدخل الزرع والنثر بذكر الحقوق والمراقب  
الخ) يعني إذا باع أرضاً فيها زرع وشجر وعليه ثمر أو باع شجرة فقط وعليه ثمر وقال بهما أو اشتريتها بجميع  
حقوقها ومرافقها لا يدخل الزرع والنثر بذلك لأنهما ليسا من الحقوق والمراقب وكذا لو قال بكل قليل وكثير  
هوله فيها أو منها من حقوقها أو من مرافقها لم يدخل أيضاً المأذ كرتابعينه ولو كان اقتصر على قوله بكل  
قليل وكثير هوله فيها أو منها أو على قوله بكل قليل فيها أو منها دخلاً هذا في المتصل بالأرض والشجر

كذلك فلا يدخلان وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ هذا إذا كان في الأرض أو على الشجر وأما إذا كان الثمر مجذوداً والزرع محصوداً  
فهو بمنزلة المناع لا يدخلان إلا بالتصريح به

(قوله وصح بعض الشارحين) أقول أراد الاتفاق (قوله يذكر لما هو تبع) أقول أي للبيع

قال (ومن باع ثمرة لم يبدو صلاحها) يبيع الثمرة على الشجر لا يخلو ما أن يكون قبل الظهور أو بعده والاول لا يجوز والثاني جائز بدو صلاحها بصلاحها لا انتفاعا بآدم أو علف الدواب أو لم يبدو لانه مال منقوم لكونه منتفعا به في الحال أو في الزمان الثاني فصار كبيع الخش والمهر وذو كرمشمس الأئمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده أن البيع قبل أن ينتفع به لا يجوز انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه ولأن البيع يختص بمال منقوم والثمر قبل بدو صلاحه ليس كذلك قال الشيخ والاول أصح يعني رواية ودراية أما الاولى فلما أشار إليه محمد رحمه الله في باب العشر ولو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري فلولا يمكن الشراء جائز في أول ما تطلع لما وجب العشر على المشتري وأما الثانية فلانه مال منقوم في الزمان الثاني ونفي جوازها مقض الى نفي جواز بيع المهر والخش (١٠٣) وهو ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث أن تأويلها إذا باعه بشرط الترك

أوان المراد به انتهى عن بهما لم يدل قوله صلى الله عليه وسلم لم أرأيت لو أذهب الله الثمرة لم يستحل أحدكم مال أخيه وإنما يتوهم هذا إذا اشترى بشرط الترك الى أن يبدو صلاحها أو بطريق السلم وإذا جاز البيع وجب على المشتري قطعهما في الحال تفريغا للمالك البائع قوله (وهذا) إشارة الى الجواز أي الجواز إذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع) أما إذا قال اشتريته على أني أتركه على النخل فقد فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء كان تركها على النخل شغل ملك الغير أو أن هذا البيع صفقة في صفقة لانه اعارة في بيع أو اجارة فيه لان تركها على النخل إما أن

قال (ومن باع ثمرة لم يبدو صلاحها أو قد بدا جاز البيع) لانه مال منقوم اما لكونه منتفعا به في الحال أو في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها والاول أصح (وعلى المشتري قطعهما في الحال) تفريغا للمالك البائع وهذا إذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع (وان شرط تركها على النخل فسد البيع) لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير وهو صفقة في صفقة وهو اعارة أو اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا إذا انتهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا

أما الثمر المجذوذ والزرع المحصول ففيها فلا يدخل ولو قال بكل قليل وكثير فهو فيها لم ينص عليه والمحدود بدلين مهملتين ومجمعتين بمعنى واحد أي المقطوع غير أن المهملتين هنا أولى ليناسب المحصول (قوله) ومن باع ثمرة لم يبدو صلاحها) لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ولا في عدم جواز بيعه بعد الظهور قبل بدو صلاحه بشرط الترك ولا في جواز بيعه بدو صلاحه بشرط القطع فيما ينتفع به ولا في الجواز بعده بدو صلاحه لكن بدو صلاحه عندنا أن تأمن العاهة والفساد وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو صلاحه والخلاف انما هو في بيعها قبل بدو صلاحه على الخلاف في معناه لا بشرط القطع فعند مالك والشافعي وأحمد لا يجوز وعندنا أن كان بحال لا ينتفع به في الكل ولا في علف الدواب بخلاف بين المشايخ قيل لا يجوز ونسبه فاضحان امامة مشايخنا والصحيح أنه يجوز لانه مال منتفع به في باقي الحال ان لم يكن منتفعا به في الحال وقد أشار محمد في كتاب الزكاة الى جواز فائه قال لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري فلولا يمكن جاز لم يوجب فيه العشر على المشتري وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب والافلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيه في جوازها باتفاق المشايخ ان يبيع الكثيري أول ما تخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها تبعالا لورق كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب اذا باع بشرط القطع أو مطلقا ويجب قطعه على المشتري في الحال فان باعه بشرط الترك فان لم يكن تنهاى عظمه فالبيع فاسد عند الكل وان كان قد تنهاى عظمه فهو فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو القياس ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الأئمة الثلاثة واختاره الطحاوي اعموم البلوى وفي المتن ذكر أبو يوسف مع محمد وجه قوله - حافي الصورتين (أنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير وهو صفقة في صفقة) لانه ان شرط بلا أجره فشرط اعارة في

يكون بأجر أو غيره والثاني اعارة والاول اجارة وذلك منهى عنه وفيه تأمل لان ذلك انما يكون صفقة أن لو جازت اعارة الاشجار أو البيع اجازتها وليس كذلك نعم هو انما يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارتها أو اجازتها جازة فيلزم صفقة في صفقة هذا اذا كانت الثمرة

(قوله) وأما الثانية الى قوله يعصم الى نفي جواز بيع المهر والخش وهو نائب بالاتفاق) أقول انما يستقيم القياس ان لو جاز تركها الى الزمان الثاني كما في المقيس عليه (قوله والجواب عن الحديث اذا باعه بشرط الترك) أقول فيكون التقييد بقوله قبل أن يبدو صلاحه بناء على أن اشتراط الترك في الاغلب يكون فيه (قوله وانما يتوهم هذا) أقول أي اذهب الله الثمرة (قوله فقد فسد البيع الى قوله) لأن مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه) أقول أنت خبير بأن شرط الترك على النخل لا ينافي في تسليم المعقود عليه على ما سيجي في مسألة حديث ثمرة أخرى من أن تسليمه يحقق بالتخلية في تقريره كما لا يخفى وصحة كلام المصنف غنية عن أمثاله (قوله وفيه تأمل الى قوله وليس كذلك) أقول اعارة الاشجار ينبغي أن تجوز ويدل عليه ما نقله العلامة السكاكي عن الجامع الاصغر فراجع

لم يتناهى عظمها وأما إذا تناهى عظمها فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهو القياس لأن شرط الترك مما لا يقتضيه العقد وأما محمد رحمه الله فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد على الأرض أو الشجر والحواب أن لا نسلم أن التعامل جرى في اشتراط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا شرط في العقد ولو اشترى الثمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركه فان كان باذن البائع طاب له الفضل وإن كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته بأن يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعده ويتصدق بفضل (١٠٣) ما بينهما ما زاد حصل بجهة محظورة وهي

حصولها بقوة الأرض المعصوبة وإذا تركها بغير اذنه بعد ما تناهى لم يتصدق بشئ لأن هذا تغير حاله من الشيء إلى النضج لا تحق زيادة في الجسم فان الثمرة إذا صارت بهذه المثابة لا يزداد فيها من ملك البائع بغير اذنه شئ بل الشمس تنضجها والقمر يلوئها والكواكب تعطيها الطعم وإن اشترىها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على النخيل باستحجار النخيل إلى وقت الادراك طاب له الفضل لبطلان اجارة النخيل لعدم التعارف فان التعارف لم يجز فيما بين الناس باستحجار الاشجار ولعدم الحاجة إلى ذلك لأن الحاجة إلى الترك بالاجارة إنما تحقق إذا لم يكن مخلص سواها وهما يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها على ما سئذ كرهه وإذا بطلت الاجارة بقي الاذن معتبرا فيطيب له الفضل فان قيل لا نسلم بقاء الاذن فانه ثبت في ضمن الاجارة وفي

واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى من الأرض أو الشجر ولو اشترىها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وإن تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وإن تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وإن اشترىها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل إلى وقت الادراك طاب له الفضل لأن الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فيبقى الاذن معتبرا بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدركه وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا البيع أو بأجرة فشرط اجارة قبضه ومثله هذا بيع الزرع بشرط الترك وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل لأنهم تعارفوا للتعامل كذلك فيما تناهى عظمه فهو شرط يقتضيه العقد وهو هذا دعوى الشافعي فيما تناهى عظمه وما لم يتناهى به يجوز لأن العادة تركهم إناؤه إلى الجسد أو محمد بقول يمنع فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الاجزاء التي تزيد بمعنى من الأرض والشجر إلى أن يتناهى العظم ولا يخفى أن الوجه لا يتم في الفرق لمحمد لا بدعاء عدم العرف فيما لم يتناه عظمه إذا القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره خرج منه المتناهي للتعامل فكون ما لم يتناه على أصل القياس انما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعدوم طرد ولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه فاما باذن البائع إذا انفجرا أو باذن في ضمن الاجارة بأن استأجر الاشجار إلى وقت الادراك أو بلا اذن في صورتين الأولىين يطيب له الفضل والا كل أمافي الاذن الجرد فقطاعر وأمافي الاجارة فلانها اجارة باطلة لعدم التعارف في اجارة الاشجار والحاجة فان الحاجة ليست بمنعينة في ذلك وانما تمنع من لو لم يكن مخلص الا بالاستحجار وهما يمكن أن يشتري الثمار مع أصولها فبتركها عليها ولا يخفى ما في هذا من العسرفانه يستدعي شراء ما لا حاجة له إليه أو ما لا يقدر على ثمنه وقد لا يوافق البائع على بيع الاشجار فالاول أولى وأصل الاجارة مقتضى القياس فيها البطلان الآن الشروع أجارها للحاجة فيما فيه تعامل ولا تعامل في اجارة الاشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استأجر اشجار الجبف عليها ثابته لا يجوز ذكره الكرخي وإذا بطلت بقي الاذن معتبرا فيطيب بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الاجارة هنا فاسدة لأن الأرض يجوز اجارتها وانما فاسدت للجهالة الأجل فأورث خبثا أما هنا الاجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد الا الاذن فطاب أمافي الفاسد فله وجود فكان الاذن ثابتا في ضمنه باعتبارها فنع وهما صار الاذن مستقلا بنفسه وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الاسلام ان كان جاهلا بطلان الاجارة وفي الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لأنه حصل بجهة محظورة أما إذا باع ما تناهى عظمه فتركه المشتري بغير اذن البائع فانه لا يتصدق بشئ لأنه لم يزد في ذاته شئ وهذا قول المصنف (لأن هذا تغير حاله لا تحقق زيادة) أي تغير من وصف إلى آخر بواسطة انضاج الشمس عليه ثم

بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالأكل الثانية في ضمن الرهن تبطل بطلان الرهن أجيب بأن الباطل معدوم لأنه هو الذي لا تحقق له أصلا ولا وصفًا شرعًا على ما عرفت والمعدوم لا يتضمن شيئًا حتى يبطل بطلان بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدركه وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الاجارة فاسدة للجهالة وقت الزرع فان قوله وهما يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها الخ أقول انما يمكن للمشتري ذلك أن لو باعه البائع كذلك ويبلغ ما يقدر عليه المشتري من النقود إلى مقدار قيمته ويكون له غرض في أصولها وليس كذلك ولا يشبهه غمار الاشجار بالبانجنان والبطيخ كما لا يخفى ثم أقول وصح ما ذكره لم تصح الاجارة مطلقا هذا المخلص بعينه بل المخلص فيه ما نقل عن أبي الليث السمرقندي رحمه الله تعالى

الادراك قد تقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد والفساد ماله تحقيق من حيث الاصل فأمكن أن يكون متضمنا لشيء ويفسد ذلك الشيء لفساد المتضمن واذا انتفى الاذن كان الفضل حبيبا وسيله التصديق ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع والترك على التخييل وتركها وأثمرت مدة الترك ثمرة أخرى فان كان قبل القبض يعني قبل تخليص البائع بين المشتري والثمار ففسد البيع لانه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز وان كان بعد القبض لم يفسد البيع لان التسليم قد وجد وحدث ملك للبائع واختلط بملك المشتري فيشترى كان فيه للاختلاط والقول في مقدار الزائد قول المشتري لان المبيع في يده فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر المذهب وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بجوازه وينعنه انه مروى عن أصحابنا وحكى عن الشيخ الامام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله انه كان يفتي بجوازه ويقول اجعل الموجود أصلا وما يحدث بعد ذلك تبعاً ولهذا شرط أن يكون الخارج أكثر

(قوله وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى يفتي بجوازه) أقول في الصورة الأولى أيضا

ولو اشترى مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو أثمرت بعد القبض يشترى كان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره

عليه اثم غصب المنفعة يتعلق به بالعين المبيعة باثبات خبث فيه باوجه قول الشافعي وباقي الأئمة في الخلافية ما في الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع النخل حتى تهو قيل وما تروها قال تعماز أو تصفأز وأخرج البخاري في الزكاة عن ابن عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وكان اذا سئل عن صلاحها قال حتى تذهب عاهتها وأخرج أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذي حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث حماد بن سلمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولنا ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى نخلا قد ابرت فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع فجعل للشرى بالشرط فدل على جواز بيعه مطلقا لانه لم يفسد دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بيدا صلاحه وفي موطأ مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل غرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام حتى تبين له النقصان فساأل رب الحائط أن يضع له أو يقيه له خنق لا يفعله فذهبت بالمشتري الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال يأتي أن لا يفعله خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأقن النبي صلى الله عليه وسلم فقال هو له ولولا حجة البيع لم تترتب الاقالة عليه أما انتهى المذكور فهم قدر كواظا هره فأنهم أجازوا البيع قبل أن يبدو صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على انه متروك الظاهر وهو لا يحل أن لم يكن لوجب وهو عندهم فعليه عليه الصلاة والسلام بقوله صلى الله عليه وسلم أرايت ان منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه فانه يستلزم أن معناه انه نهى عن بيعها مكره قبل الادراك ومنهية قبل الزهر وقد فسر أنس رضي الله عنه زهوها بأن تحمر أو تصفر وفسرها ابن عمر بأن تأمن العاهة فكان النهي عن بيعها محجزة قبل الاحرار وموصفة قبل الاصرار أو أمانة من العاهة قبل أن يؤمن عليها وذلك لان العادة ان الناس يبيعون الثمرة قبل أن تقطع فنهى عن هذا البيع قبل أن توجد الصفة المذكورة وما ذكرنا من نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع العنب حتى يسود وهو لا يكون عنباً قبل السواد فيفقه فانه قبله حصره فكان معناه على القطع النهي عن بيع العنب عنباً قبل أن يصير عنباً وذلك لا يكون الا بشرط الترك الى أن يبدو صلاح ويدل عليه تعليل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله أرايت لو منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه فالعنى اذا بعتموه عنباً قبل أن يصير عنباً بشرط الترك الى أن يصير عنباً فنع الله الثمرة فلم يصير عنباً بم يستحل أحدكم يعني البائع مال أخيه المشتري والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهي واذا صار محل النهي بيعها بشرط تركها الى أن تصل فقد قضينا هذه هذه النهي فانا قد أفسدنا هذا البيع وبقي بيعها مطلقا غير متناول للنهي بوجه من الوجوه فلهذا ترك المصنف الاستدلال لهم في هذه الخلافية بالحديث وحديثنا الحديث المذكور لنا فيها أعني حديث التأبير سالم عن المعارض وكذلك المعنى وهو أنه مبيع متفقه في الحال أو في نائي الحال الى آخره وبهذا التقرير يطرأ ليس حديث التأبير عاماً عارضه خاص وهو حديث بدو صلاح وان الترجيح هنا ينبغي أن يكون للخاص لانه مانع وحديثنا مبيع بل لا يتناول أحدهما ما يتناول الآخر والحاصل أن بيع ما لم يبدو صلاحها ما بشرط القطع وهو جائز اتفاقا لانه غير متناول للنهي لما ذكرنا وما مطلقا فاذا كان حكمه لزوم القطع كان عنباً بشرط القطع فلم يبق محل النهي الا بيعها بشرط الترك ونحن قائلون بأنه فاسد (ولو اشترى مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز) وأشبهه هلا كقيل التسليم (ولو أثمرت بعد القبض يشترى كان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره) مع عينه

(قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ) يعني أن البيع لا يجوز إذا حدث شيء قبل القبض وإذا حدث بعده بغير تركان (والمخلص) أي الحيلة في جوازها فيما إذا حدث قبل القبض أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه ولهذا قال شمس الأئمة السرخسي إنما يجوز بجعل الموجود أصلاً والحادث تبعاً إذا كان ثمة ضرورة ولا ضرورة ههنا لاندفاعها ببيع الأصول (قال ولا يجوز أن يبيع غرة) إذا باع غرة (واستثنى منها أرطالاً معلومة لم يميز خلافاً للمالك) ولم يبين أن مراده الثمرة على رؤس الخيل أو غرة مجذوة وذو كرفي بعض فوائد هذا الكتاب أن مراده ما كان على الخيل وأما بيع المجدوذ فخر وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فإنه قال إذا باع الثمر على رؤس الخيل التحصيل الأصاع منها يجوز البيع لأن المستثنى معلوم كما إذا كان الثمر مجذوذاً وموضوعاً على الأرض فباع الكل الأصاع يجوز وهذا يدل على أن الحكم فيهما سواء واستدل بقوله (لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول) (١٠٥) والمجهول لا يرد عليه العقد

وهذا يدل أيضاً على أن الحكم فيهما سواء (بخلاف ما إذا استثنى نخلاً معيناً لأن الباقي معلوم بالمشاهدة) كم هي نخلة قال المصنف (قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي) واعترض بأن الجهالة المانعة من الجواز ما كانت مفضية إلى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة وأجيب بأننا لا نسلم أنها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعاً من الثمر أحسن ما يكون والمشتري يدفع إليه ما هو أدرأ الثمر فيفضي إلى النزاع سلمنا ذلك لكن بجواز تراضيهما على شيء منه فدل لا يكون الثمر الأقدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح كما لا يصح مثله في المضاربة بهذا المعنى وعن هذا قال بعض

لأنه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه قال (ولا يجوز أن يبيع غرة ويستثنى منها أرطالاً معلومة) خلافاً للمالك رحمه الله لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلاً معيناً لأن الباقي معلوم بالمشاهدة قال رضي الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي أما على ظاهر الرواية

(لأنه في يده وكذا في) بيع (الباذنجان والبطيخ) إذا حدث بعد القبض خروج بعضهما اشتراكاً لما ذكرنا وكان الحاصل أن يفتي بجوازها في الكل وزعم أنه مروى عن أصحابنا وكذا حكى عن الإمام الفضلي وكان يقول الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع نقله شمس الأئمة عنه ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه اجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا ببيع ثمر الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزاع الناس من عاداتهم حرج وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو يبيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق ثم جواز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رحمه الله (والمخلص) من هذه الواجبات الصعبة (أن يشتري) أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث (على ملكه) وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم غاية الإدراك وانقضاء الغرض فيها ياتي الثمن وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد فان خاف أن يرجع بفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الأذن في ترك الثمر على الشجر وهو أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الأذن كان مأذوناً في الترك بأذن جديد فيحله على مثل هذا الشرط (قوله ولا يجوز أن يبيع غرة ويستثنى منها أرطالاً معلومة خلافاً للمالك) أجازة قياساً على استثناء شجرة معينة قلنا قياس مع الفارق لأن الباقي بعد إخراج المستثنى غير مشار إليه ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولاً بخلاف الباقي بعد إخراج الشجرة فإنه معلوم مفرز بالإشارة (قالوا هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول الطحاوي) والشافعي وأحمد رحمهم الله وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغي أن يجوز البيع على كل حال لأنه إن بقي شيء بعد إخراج المستثنى فظاهر وإن لم يبق شيء يكون الاستثناء باطلاً لأنه مستغرق فيبقى الكل مبيعاً لأن ورود هذا على التعليل يجوز أن لا يبقى بعد الاستثناء شيء وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالآخرة وانفق أنه بقي مقدار معين لأن الجهالة القائمة قبل ذلك في الحال هي المفسدة قال المصنف رحمه الله (فأما على ظاهر الرواية

(١٤ - فتح القدير خامس) الشارحين يشير إلى هذا قوله (أرطالاً معلومة) وردياً أنه لو كان المستثنى صاعاً واحداً أو رطلاً واحداً فالحكم كذلك وبأنه لا يخلو ما أنه بقي شيء بعد الاستثناء أولاً وكل من التفسيرين يقتضي صحة العقد أما الأول فلأن الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوماً سلمنا أن الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط إلا إذا باع موازنة وليس الفرض ذلك فجاز أن يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة وأما الثاني فإنه يكون حينئذ استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع وأجيب بأن هذا باعتبار المال وأما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء أو لا فصار مجهولاً وفيه نظر لأنهم ليست مفضية إلى النزاع فهو أول المسئلة ثم قال المصنف (أما على ظاهر الرواية

(قوله وهذا يدل على أن الحكم فيهما) أقول فيه بحث فإن اللازم منه أن من قال بالاول قال بالثاني والعكس ليس بلازم (قوله فيبطل الاستثناء

ينبغي أن يجوز ) يريد به على قياس ظاهر الرواية فإن حكم هذه المسئلة لم يذكروا في ظاهر الرواية صريحاً ولا هذا قال ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذلك استثنائه وينعكس إلى أن ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثنائه وفي بيع أطراف الحيوان فيه وحله لا يرد عليه العقد بانفراده فكذلك لا يجوز استثنائه وهذا لأن الاستثناء يقتضي أن يكون المستثنى مقصوداً معلوماً وإفاد العقد يقتضي أن يكون المقعود عليه مقصوداً معلوماً فإشعار كافي المقصد والعلم بما جاز أن يقع مقعوداً عليه بانفراده جاز أن يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال بعثك هذه الصبرة بكذا الأقفاز منها بدرهم صح في جميع الصبرة الأقفاز ففيز لأنه استثنى ما يجوز إفراده بالعقد عليه وأما لو قال بعثك هذا القطيع من الغنم الأشاة منها بغير عيائنه درهم فلا يجوز لأنه استثنى ما لا يجوز إفراد العقد عليه ولو قال الأهذه الشاة بعينها جاز لأنه يجوز إفراد العقد عليه فيجوز استثنائه وكذلك الحكم في جميع العدييات المتفاوتة (١٠٦) كالتياب والعبيد بخلاف الكلب والوزن والعدي المتقارب فإن استثناء قدر منه وإيراد العقد عليه جائز لأن

الجهالة لا تفضي إلى المنازعة قيل ما الفرق بين قوله بعثك هذا القطيع من الغنم الأهذه الشاة بعينها بثمانية درهم فإنه جائز وبين قوله بعثك هذا القطيع من الغنم كله على أن في هذه الشاة الواحدة منه بعينها فإنه لا يجوز مع أنه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى وأجيب بأن في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لأنه لبيان أنه لم يدخل كما عرف في الأصول فلم يكن أفرادها إخراجاً يخصصها من الثمن فلا جهالة فيه وأما في الشرط فلأن الشاة دخلت أولاً في الجملة ثم خرجت يخصصها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل وتظير ما لو قال بعثك

بيع بنفسه

ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذلك استثنائه بخلاف استثنائه الحمل وإطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذلك استثنائه (ويجوز بيع الحنطة في سنبلها وبالاقلاء في قشره) وكذلك الأرز والسهم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر وكذلك الجوز واللوز والفسق في قشره الأول عنده وله في بيع السنبل قولان وعندنا يجوز ذلك كله أنه أن المقعود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فأنشبه تراب الصاغة إذا بيع بنفسه

هذا العبد الا عشرة فإنه صحيح في تسعة أعشاره ولو قال على أن لي عشرة لم يصح قيل ولقائل أن يقول سلمنا أن إيراد العقد بجماع على الأبطال المعلومة واستثناءها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب أننا لا نسلم أن الباقي مجهول لما ذكرنا من المستثنى إذا كان معلوماً لم تسر منه جهالة إلى المستثنى منه لا بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازة وهي لا تحتاج إلى معرفة مقدار المبيع قال (ويجوز بيع الحنطة في سنبلها) بيع الشيء في غلافه لا يجوز إلا ببيع الحبوب كالحنطة والاقلاء (والأرز والسهم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر والجوز واللوز والفسق في قشره الأول) وكذلك بيع الحنطة في قوله الحديد واستدل بأن المقعود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح كما إذا بيع تراب الصاغة بمثله

أقول فيه بحث (قوله وينعكس إلى أن ما لا يجوز إلخ) أقول ليس ما ذكره عكس تلك القضية (قوله واستثناءها جائز لكن لا نسلم) أقول فيه بحث فإنه بعد تسليم جواز الاستثناء لا معنى للتعامل

ولنا ما روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لأنه استدلال بجهوم الغاية والاولى أن يستدل بقوله نهى فإن النهى يقتضى المشروعية كما عرف (قوله ولأنه حب منتفع به) كأنه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له وتقريره لا نسلم أنه لا منفعة فيه بل هو أى المبيع بقشره حب منتفع به ومن أكل الفولية شهد بذلك وإن الحبوب المذكورة تدخر في قشرها قال الله تعالى فذروه في سنبله وهو انتفاع بالحالة فإن البيع كبيع الشعير بجامع كونهما ما لين متقومين ينتفع بهما وبيع تراب الصاغة إنما لا يجوز إذا بيع بجنسه لاحتمال الربا حتى إذا بيع بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو بيع بجنسه لا يجوز (١٠٧) أيضا الشبهة الربا بحالة قدر ما في السنبلة فإن قيل ما الفرق بين مسئلتنا

وبين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى تمر بعينه وهما سببان في كون المبيع مغلفا أجيب بأن الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سنبله ولا يقال هذا حب وهو في القطن وإنما يقال هذا قطن وكذلك في التمر اليه أشار أبو يوسف رحمه الله قال (ومن باع دارا الخ) الاغلاق جمع غلق يفتح اللام وهو ما يغلق ويقفح بالمفتاح إذا باع دارا دخل في البيع أغلقها بناء على ما تقدم أن ما كان موضوعا فيه للقرار كان داخلا والاغلاق كذلك لأنها مركبة فيها البقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لأنه كالجزء منه إذا انتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء فإن قيل عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه

ولنا ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونهما لا متقوما بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضا الشبهة الربا لأنه لا يدري قدر ما في السنبال (ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أغلقها) لأنه يدخل فيه الاغلاق لأنها مركبة فيها البقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه

بجامع استناده بما لا منفعة فيه والمعول في الاستدلال نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي هذا غرر فإنه لا يدري قدر الحنطة الكائنة في السنبال والمبيع ما أريد به الحب لا السنبال فرجع الى جهالة قدر المبيع والزم على هذا أن لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لكنه تركه للتعامل المتوارث (ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض) روى مسلم وأصحاب السنن الأربعة ويقال زها النخل والتمر يزهو وأزهي يزهي لغة في الاشتقاق من الزهو لغتان وأنكر الأصمعي الرباعية يزهي كأن نقل الزمخشري عن الغير أنكار يزهو الثلاثية لا يقال أنتم لم تعملوا بصدر الحديث لأننا نقول قد بينا أناعا ملون وان الاتفاق على الخطاط النهى على بيعها بشرط الترك الى الزهو وقد منعناه ولأنه مال متقوم مع لوم (فيجوز بيعه كالشعير في سنبله) بخلاف بيعه مثله في سنبل الحنطة لاحتمال الربا أمأنه مال متقوم فظاهر وأما أنه مع لوم فلا نية مشار اليه وبالإشارة كفاية في التعريف إذا المانع من رؤية عينها لا يحل بدرك قدره في الجلة وليس معرفته على التحرير شرطا والامتنع بيع الصبرة المشاهدة وأورد المطالبة بالفرق بين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى تمر بعينه أى باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من النوى فإنه لا يجوز مع أنه أيضا في غلافه أشار أبو يوسف الى الفرق بأن النوى هناك معتبر عماها السكا في العرف فإنه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمر ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبله وهذا لوز فستق ولا يقال هذه قشور في لوز ولا يذهب اليه وهم (بخلاف تراب الصاغة فإنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا) حتى لو باع بخلاف جنسه جاز وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع السبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والاية والا كارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لأن كل ذلك منعدم في العرف لا يقال هذا عصير وزيت في محله وكذا الباقي واعلم أن الوجه يقتضى ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لأنه لم يره (قوله ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أغلقها) المراد بالغلق ما نسميه ضبة وهذا إذا كانت مركبة لأنها تركب البقاء لا إذا كانت موضوعة

فإن الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بطريق ولا يدخل في بيع الدار فالجواب أن الداخل في الداخل في الشيء داخل بالحالة وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بالطريق قلنا الانتفاع بها لا يمكن إلا بالطريق مطلقا أو من حيث السكنى والاول ممنوع فإنه يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها بالحالة والثاني مسلم ولهذا

(قوله وفيه نظر لأنه استدلال بجهوم الغاية) أقول في نظره نظران (قوله والاولى ألى يستدل بقوله نهى الخ) أقول فيه بحث فإن في الاستدلال ما ذكره اعترافا بفساد العقد (قوله والداخل في الداخل) أقول كيف يكون داخلا وقد قال كالجزء منه فتأمل (قوله والثاني مسلم الخ) أقول ولعل مثل هذا التردد يترتب في المتنازع فيه فتأمل

إذا ينتفع به بدونه قال (وأجرة الكيل ونافذ الثمن على البائع) أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على  
البائع ومعنى هذا إذا بيع مكاييل وكذا أجرة الوزن والذراع والعدا وأما النقد فالمدكور رواية ابن رستم  
عن محمد لأن النقد يكون بعد التسليم ألا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج إليه لميز  
ما يتعلق به حقه من غيره وأليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعه عنه على المشتري لأنه يحتاج إلى  
تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال (وأجرة وزن  
الثمن على المشتري لما إننا نهو المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال (ومن باع سلعة بثمن  
فيل للمشتري ادفع الثمن أولاً) لأن حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع  
بالقبض لما لا يتعين بالتعيين

في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الحيوان لانها لا تتركب وانما تدخل الاواح وان كانت منفصلة  
لانها في العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الاواح ما يسمى في عرفنا بمصرد رايب الدكان وقد  
ذكر فيها عدم الدخول ولا معول عليه (وقوله لانه لا ينتفع بها الا به) اجيب بجمع أن شراء الدار مقصور  
على الانتفاع بذاتها بل قد يكون لغرض مجرد المالك لياخذ بالشفعة بواسطتها أو يتجر بها ولذا لما كان  
لعهدها مقصورا على ذلك كما في الاجارة أدخلنا الطريق ﴿ فرع ﴾ يناسب ما نحن فيه من حيث  
انه يتناول البيع بلا تنصيص من المالك عليه وان كان في معنى آخر اشترى ما ينسارع اليه الفساد ولم  
يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع أن يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني أن يشتريه  
وان كان يعلم بالحال ان المشتري الاول رضى به - فاذ فسخ دلالة فيحل للبائع بيعه وحل للمشتري أن  
يشتريه وانما كتبها لانها كثيرا ما تقع في الاسواق (قوله وأجرة الكيل ووزان المبيع وذراعه وعاده)  
ان كان البيع بشرط الكيل والوزن أو الذرع أو العدة (على البائع) لان عليه ابقاء المبيع ولا يتحقق  
ذلك الا بكيه له ووزنه ونحوه ولا ينكل من ذلك غير ملوكه عن ملك غيره ومعالم أن الحاجة الى هذا اذا باع  
مكايلا أو موازنة ونحوه اذا لاحتاج الى ذلك في التجازفة وأجرة وزان الثمن على المشتري باتفاق الاثمة  
الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتميزه عنه فكانت مؤنثة عليه وأما أجرة ناقد الثمن فاختلف الرواة  
والمشايخ فروى ابن رستم عن محمد انه على البائع وهو المالك كور في التخصيص ووجهه ان النقد يحتاج اليه  
بعد التسليم وحيث لا يكون في يد البائع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى تميز حقه وهو الجاد عن  
غير حقه وروى ابن ميمعة عنه انه على المشتري وبه كان يفتي الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم  
الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج اليه وعن محمد أجرة النقد على من عليه  
الدين كما في الثمن انه على المشتري الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فلا جرة على رب الدين وفي  
الخلاصة الصحيح انه على المشتري وكذا قال القدوري انه على المشتري الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء برده  
بعب الزيافة قال واختار في الواقعات انه على المشتري وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلا فالكيل على  
البائع وصحبها في وعاء المشتري على البائع أيضا هو المختار وفي المنتقى اخراج الطعام من السفن على  
المشتري ولو اشترى حنطة في سبلها فعلى البائع تخليصها بالدرس والتذرية ودفعها الى المشتري وهو  
المختار وقطع الغيب المشتري جزا فاعلى المشتري وكذا كل شيء باعه جزا فاكثوم والبصل والخزرا اذا  
حلى بينها وبين المشتري وكذا قطع الثمر يعني اذا حلى البائع بينها وبين المشتري السكل من الخلاصة  
(قوله ومن باع سلعة بثمن قبل للمشتري ادفع الثمن أولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع  
الثمن لتعين حق البائع بالقبض) لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها (لما) عرف  
(أنها لا تعين بالعين) في البيع فلا بد من تقديم قبضها ليقساوا ولو كان المبيع غائبا لا يلزم المشتري  
دفع الثمن والبائع حبس جميع المبيع ولو بقي من غنمه درهم واحد ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع

دخول الطريق في الاجارة  
ولكن ليس الكلام في ذلك  
والقفل ومفتاحه لا يدخلان  
والسلم ان اتصل بالبناء من  
خشب كان أو حجر يدخل  
وان لم يتصل لا يدخل قال  
وأجرة الكيال وناقذ الثمن اذا  
باع المكيل مكابلة أو الموزون  
موازنة أو المعدود عددا  
واحتاج الى أجرة الكيال  
والوزان والعداد فهي على  
البائع لان التسليم واجب  
عليه وهو لا يحصل الا بهذه  
الافعال وما لا يتم الواجب  
الايه فهو واجب وأما أجرة  
ناقذ الثمن ففي رواية ابن رستم  
عن محمد بن علي البائع وهو  
المذكور في المختصر وفي  
رواية ابن سماعة عنه على  
المشتري وجه الاولى ان  
النقد يكون بعد التسليم  
لانه انما يكون بعد الوزن  
وبه يحصل التسليم والبائع  
هو المحتاج الى النقد ليميز  
ما تعلق به حقه من غيره أو  
يعرف المعيب ليرده ووجه  
الثانية ان المشتري هو المحتاج  
الى تسليم الجيد المقدر  
والجودة تعرف بالنقد كما  
يعرف القدر بالوزن وبه  
كان يفتى الصدر الشهيد  
وأجرة وزن الثمن على المشتري  
لانه المحتاج الى تسليم الثمن  
وبالوزن يتحقق التسليم

تحقيقا للمساواة قال (ومن باع سلعة بسلعة أو غنابثن قيل لهما سلعا معا) لاستواءهما في التعين فلا حاجة الى تقديم أحدهما في الدفع

ولو أخذ البائن كفيلا أو رهن المشتري به وهما أموال أو أحوال البائع به عليه وقبل سقط حق الحبس وكذا إذا أحوال المشتري البائع به عند أبي يوسف وعن محمد فيه روايتان في رواية كقول أبي يوسف وفي رواية إذا أحوال البائع به رجلا سقط وإذا أحوال المشتري البائع به لا يسقط وما لم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه فلو هلك في يد البائع بفعله أو بفعل المبيع بنفسه بان كان حيوانا فقتل نفسه أو بأمر سواي بطل البيع فان كان قبض الثمن أعاده الى المشتري وان كان بفعل المشتري فعليه عنه ان كان البيع مطلقا أو بشرط الخيار للمشتري وان كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع الى ملك البائع ويضمن له الجاني في المثل والافاقية فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له وان كان من خلافه طاب وان شاء اختار البيع واتبع الجاني في الضمان فان له ذلك وعليه الثمن للبائع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل (قوله ومن باع سلعة بسلعة أو غنابثن قيل لهما سلعا معا) لاستواءهما في تعين حق كل منهما قبل التسليم فياجب تقديم دفع أحدهما بعينه على الآخر تحكم فيه دفعا معا ولا بد من معرفة التسليم والتسليم الموجب للبراءة في التجريد تسليم المبيع أن يخلى بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاحتاس يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان أن يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن الوري المتاع غير البائع لا يمنع فلو أن له بقض المتاع والبيت صح وصار المتاع ودبعة عنده وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول القبض أن يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته فان أخذه برأسه وصاحبه عنده ففاده فهو قبض دابة كان أو بعيرا وان كان غلاما أو جارية فقال له المشتري تعال معي أو امش نخطي معه فهو قبض وكذا لو أرسله في حاجته وفي الثوب ان أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو موضوع على الأرض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في المبيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل شيئا لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك وقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهي أن تكون بحال يقدر على اغلاقها وما لا يقدر على اغلاقها فهي بعيدة وأطلق في المحيط أن بالتخلية يقع القبض وان كان المبيع بعد عنهما وقال الحلواني ذكر في النوادر اذا باع ضيعة وخلي بينها وبين المشتري ان كان يقرب منها يصير قابضا أو يبعد لا يصير قابضا قال والناس عنه غافلون فانهم يشترون الضيعة بالسود ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفي جامع شمس الأئمة يصح القبض وان كان العقار غائبا عنهم ما عند أبي حنيفة خلافا لهما وفي جمع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تمها له فتحه من غير تكلف وكذا اذا اشترى بقرافى السرح فقال البائع اذهب واقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضا ولو باع خلا ونحوه في دن وخلي بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوبا فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه انسان ان كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم وان كان لا يمكنه الا بقيام لا يصح ولو اشترى طيرا في بيت والباب مغلق فأمره البائع بالقبض فلم يقبض حتى هبت ريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم وان فحسه المشتري فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بأن يحتاط في الفتح ولو اشترى فرسا في حظيرة فقال البائع سلمتها اليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرسان أمكنه أخذهما من غير عون كان قبضا وهو تأويل مسألة الطير وفي مكان آخر من غير عون ولا حبل ولو اشترى دابة والبائع

قال ومن باع سلعة ببيع السلعة معجلا إيمان يكون بئن أو بسلعة فان كان الاول يقال للمشتري ادفع الثمن أولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعين حق كل واحد منهما وفي المالية أيضا لان الدين أنقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا عن حضرتهما فلا يشتري أن يمنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليمكن من قبضه وان كان الثاني يقال لهما سلعا لاستواءهما في التعين فلا يحتاج الى تقديم أحدهما بالدفع والله أعلم بالصواب

## ﴿ باب خيار الشرط ﴾

قال (خيار الشرط جائز البيع نارة يكون لازماً أو أخرى غير لازم) واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغیراً اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعاً قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لأنه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لأنه يمنع (١١٠) لزوم الحكم وانما كان عمله في منع الحكم دون السبب لأن من حقه أن لا يدخل في

## ﴿ باب خيار الشرط ﴾

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري (ولهما الخيار ثلاثة أيام فادونها) والاصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري رضى الله عنه كان يغيب في البياعات فقال له النبي عليه الصلاة والسلام اذا بايعت فقل لا خلاية ولى الخيار ثلاثة أيام

راكبها فقال المشتري احلني معك فعمله فعميت هلكت على المشتري قال القاضي الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فان كان عليه اسرج وركب المشتري في السرج يكون قابضاً والا فلا ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الاخر لا يصير قابضاً كما اذا باع الدار والبائع والمشتري فيها معا

## ﴿ باب خيار الشرط ﴾

قد عرف أن البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس المالكين في البدلين والاصل ان لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الاصل ثم شرع يذكر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظهر أن شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لثبوت حمله على الله عليه وسلم عن بيع وشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسما ومعنى لا حكماً وللمستأثر علة اسما ومعنى وحكم وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول والموانع خمسة اقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرة البيع فلا ينعقد البيع في الحر لانها لا تتعقد الا في محله او محل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع أصلاً فيه كانه قطع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمي حائطاً فرد عن منته ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استئثار المرمي اليه بترس يمنع من اصابة الغرض منه ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوت خيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب وازافة الخيار الى الشرط على حقيقة الاضافة وهي اضافة الخيار الى سببه اذ سببه الشرط وحين ورد شرعيته جعلناه ادخالا في الحكم مانعاً من ثبوته تقليلاً لعمله بقدر الامكان وذلك لان ٤- له اثبات الخطر في ثبوت الملك وبذلك يشبهه القمار فله التشبيه ولقائل أن يقول القمار محرم لمعنى الخطر بل باعتبار تعليق الملك بماله يضعه الشرع سبباً للملك فان الشارع لم يضع ظهور العدد للفلا في ورقة مثلاً سبباً للملك والخطر في ذلك لا أثر له نعم يتجه أن يقال اعتبرناه في الحكم تقليلاً بخلاف الاصل وأما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر فذلك الغرر في المبيع وهذا في أن المالك هل يثبت أولاً (قوله خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري وله ما ثلاثة أيام) يروي بنصب ثلاثة أيام على الطرف أى في ثلاثة ويرفعها على انه خبر مبتدأ محذوف أى هو ثلاثة أيام ثم في فتاوى قاضى بخان اذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد أصلاً ويثبت الخيار في البيع الفاسد كالصحیح (قوله والاصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري رضى الله عنه كان يغيب في البياعات الحديث روى الحاكيم في

البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به فإظهرنا عمله في منع الحكم تقليلاً لعمله بقدر الامكان لأن دخوله في السبب مستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على أنواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على انى بالخيار أو على انى بالخيار أو على انى بالخيار أبداً أو جازراً بالاتفاق وهو أن يقول على انى بالخيار ثلاثة أيام فادونها ويختلف فيه وهو أن يقول على انى بالخيار شهر أو شهرين فإنه فاسد عند أبي حنيفة وزفر والشافعي جائز عند أبي يوسف ومحمد سواء كان لاحد العاقدين أو لهما جميعاً أو بشرط أحدهما الخيار بغيره وجه قول أبي حنيفة في الخلافية ما روى أن حبان بن منقذ كان يغيب في البياعات لما مومة أصابت رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلاية ولى الخيار ثلاثة أيام والخلاية الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو

كذلك فهو مفسد الا انما جوزناهم هذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدعى كونه فيه فان قيل كيف جاز للبائع المستدرك

## ﴿ باب خيار الشرط ﴾

(قوله ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعاً قدمه على غيره) أقول فان قيل ما قدمه ليس هو البيع اللازم بل البيع المطلق المتناول للزوم وغيره فلنا يكتفى في التقديم تناوله اللازم وأمر العبارة سهل

والمدكور في النص هو المشتري فكما عديتم فيمن له الخيار فليتعدي مدته فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان البائع في معنى المشتري في معنى المناط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها (١١١) لان معنى الفرق يمكن بزيادة المدة فيزداد

الغرر وهو مفسد

وله ما حديث ابن عمر

رضي الله عنهما ان النبي

صلى الله عليه وسلم اجاز

الخيار الى شهرين ولان

الخيار انما شرع للعاجلة

الى التأمل ليندفع الغبن

وقد عس الحاجة الى الاكثر

فكان كثير المدة كقليلها

فيلحق به وصار كالتأجيل

في الثمن فانه جائز قلت المدة

او كثرت للعاجلة

والجواب ان حديث حبان

مشهور فلا يعارضه حكاية

حال ابن عمر سلناهم ما سواه

ليكن المذكور في حديث

ابن عمر مطلق الخيار فيجوز

ان يكون المراد به خيار الرؤية

والعيب وانه اجازا لردهما

بعد الشهرين ولا نسلم ان

كثير المدة كالقليل في

الحاجة فان صاحب الخلابة

كان مصابا في الرأس فكان

احوج الى الزيادة فلوزادت

كان أولى به فدل على ان

المقدر لنفي الزيادة سلمناه

ليكن في الكثير معنى الغرر

أزيد وقد تقدم والقياس

على التأجيل في الثمن غير

صحح لان الاجل يشترط

للاقدرة على الاداء وهي انما

تكون بالكسب وهو

لا يحصل في كل مدة فقد

يحتاج الى مدة طويلة

(ولا يجوز أكثر منها عند أي حنيفة) وهو قول زفر والشافعي وقالا (يجوز اذا سمي مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين)

المستدرك من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ بن عمرو رجلا ضعيفا وكان قد اصابته في رأسه مأمومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار الى ثلاثة ايام فيما اشتراه وكان قد ثقل لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم بيع وقول لا خلافة وكان يشتري الشيء فيجيء به الى أهله فيقولون له هذا قال فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خبرني في بيعي وسكت عليه وحبان يفتح الحاء المهملة ومنقذ بالهمزة ورواه الشافعي من طريق محمد بن اسحق قال أخبرنا سفيان عن محمد بن اسحق به ثم قال الشافعي رحمه الله والاصل في بيع الخيار انه فاسد ولكن لما شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصرة خيار ثلاثة ايام في البيع وروى أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع انتمينا الى ما قال صلى الله عليه وسلم وأخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر سمعت رجلا من الانصار يشكو الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يزال يغبن في البيوع فقال له اذا بايعت فقل لا خلافة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال قال ابن اسحق فحدث به محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو قد أصيب في رأسه وكان يغبن في البيع فذكر نحوه ورواه ابن ماجه عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وكان قد أصابه أمة في رأسه فكسرت لسانه وكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له الحديث وهو يقتضي أن المقول له منقذ بن عمرو ولا حبان ابنه ولا شك أن هذا منقطع وغلط من عزاه لابن داود وكذا رواه البخاري في تاريخه الاوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو فذكره قال وعاش مائة وثلاثين سنة والحديث وان دار على ابن اسحق فلا اكثر على توثيقه ويرجع مالك عما قال فيه ذكر ذلك السهيلي في الروض الانف وكذا رواه ابن أبي شيبة عن محمد بن يحيى بن حبان قال قال عليه الصلاة والسلام لمنقذ بن عمرو وقول لا خلافة واذا بيعت ببيعاف أنت بالخيار ولا شك أن كون الواقعة لحبان أرجح لان هذا منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار يجمع عليه وأما ما روي في الموطا والصحيح عن ابن عمر أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يجده في البيوع فقال اذا بايعت فعل لا خلافة ولا خلافة الحديث فليس فيه دليل على المقصود والحب من قال الاصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث وهو لا يمس المطلوب **فرع** يجوز اخذ خيار الشرط بالبيع لو قال أحد هما به البيع ولو بأيام جعلته بالخيار ثلاثة ايام صح بالاجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهرا ورضياه فسد العقد عند أبي حنيفة خلافا لهما ولو اخذاه شرط فاسد ابطال الشرط ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول أبي حنيفة ولو باع على أنه بالخيار على أن له أن يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع بستان على أنه بالخيار على أن له أن يأكل من ثمرته لا يجوز لان الثمرة خاصة من الثمن وليس للبائع أن يطالب بالثمن قبل أن يسقط المشتري خياره ولو قال له أنت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ولو قال الى الظهر فعند أي حنيفة يستمر له أن يخرج وقت الظهر وعندهما لا تدخل الغاية (قوله ولا يجوز أكثر منها) أي من ثلاثة ايام عند أبي حنيفة (وهو قول زفر والشافعي) وكما لا يجوز عند أبي حنيفة اذا زاد على ثلاثة ايام كذلك لا يجوز اذا أطلق (وقال لا يجوز اذا سمي مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما اجاز البيع الى شهرين) وهذا دليل على الدعوى لانها جازما أكثر من ثلاثة ايام طالت المدة

(قوله والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رضي الله تعالى عنهما) أقول فيه بحث اذا لمعارضه بينهما حتى يحتاج الى الترجيح فان مفهوم العدد ان كان حجة لا يساوي المنطوق حتى يعارضه فليتنامل فان للتعجيل مجالا ثم أقول ذكره حكاية الحال يناسب الجواب الثاني والملاحم لهذا المقام تعرضه لعدم الشهرة

ولأن الخيار انما شرع للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل في  
الثن ولا يحنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو الزوم وانما يجوز ان يخالف القياس  
لما روينا من النص فيقتصر على المدد المذكور فيه وانتهت الزيادة

أو قصرت وحديث ابن عمر يفيد جواز أكثر من الثلاثة عدة خاصة لا غير (لأن الخيار انما شرع  
للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل في الثمن) شرع للحاجة  
الى التأخير مخالفاً لمقتضى العقد ثم جازى مقسداً راضياً عليه وبقولهما قال أجد لقوله عليه الصلاة  
والسلام المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع عمالاً يبقوا أكثر من يوم كالفكهة لا يجوز  
أن يشترط الخيار فيه أكثر من يوم وإن كان ضميعة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز أن يشترط  
أكثر من الثلاثة لأنه شرع للحاجة ويمكن أن يقال لم يتعين اشتراط الاكثر بقوله ان كان لا مكان  
أن يذهب فيها قبل الشراء ثم يشترى الحاجة الى شرط الخيار أصلاً لأن خيار الرؤية ثابت له ولو تأخرت  
رؤيته سنة وإن كان للتروى في أمرها هل تساوى الثمن المذكور أو لا وهي منتفع بها على الكمال أولاً  
وإن لم يرها فلهذا لا يتوقف على أكثر من الثلاثة لأنه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك  
يحصل في مدة الثلاث وأما ما يتسارع اليه الفساد فحكمه مسطور في فتاوى القاضى اشترى شيئاً  
يتسارع اليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام في القياس لا يجبر المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال  
للمشتري أما أن يفسخ البيع ولما أن تأخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى تجزى البيع أو يفسد  
المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل بشراء شيء يتسارع اليه الفساد  
كالسمكة الطرية ويجدد المدعى عليه وأقام المدعى البيينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فإن القاضى بأمر  
مدعى الشراء أن يتخذ الثمن ويأخذ السمكة ثم القاضى يبيعها من آخر ويأخذ ثمنها ويضع الثمن الاول  
والثاني على يد عدل فإن عدلت البيينة يقضى لمدعى الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الاول للبائع ولو ضاع  
الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعى الشراء لأن بيع القاضى كبيعهم ولو لم تعدل البيينة  
فانه يضمن قيمة السمكة لمدعى عليه لأن البيع لم يثبت وبقى أخذ مال الغير بجهة البيع فيكون مضموناً  
عليه بالقيمة وجه قول أبي حنيفة (أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو الزوم) ثبت نصاً على  
خلاف القياس في المدد المذكور للتروى فيما يدفع الغبن عنه ولا شك أن النظر لاستكشاف كونه في  
هذا المبيع مغبوناً أو غير مغبون مما يتم في ثلاثة أيام بل في أقل منها فإن معرفة كونه مغبوناً في هذه  
الصفة أولاً ليس من العلوم البالغة في الخفاء والاشكال يحتاج في حصوله الى مدة تزيد عليه فكان الزائد  
على الثلاث ليس في محل الحاجة اليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز الحاقه بالثلاث دلالة كالأجوز  
بالقياس ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبوناً لم يعدد ولا يبنى الفقه باعتباره لأن مثله  
زائل العقل وبهذا يظهر أن قول ابن الجوزى في التحقيق في حديث حبان أنه خرج مخرج الغالب غير  
صحيح ولأنه عليه الصلاة والسلام ضرب الثلاث لمن كانت غاية في ضعف المعرفة على ما ذكر في أمر  
حبان أنه كان رجلاً ضعيفاً وكان بدماعه مأمومة أفسدت حاله أو أنه منقذ وكان قد أصابته أمة في رأسه  
فكسرت لسانه ونازعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين سنة كما في تاريخ البخاوى الاوسط فأى حالة  
تزيد على هذه من الضعف الا عدم العقل بالكلية ومع ذلك لم يجعل له النبي صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة  
أيام فلا شك في منع الزائد مع أنه وجه في السمع ما يقيم صريحاً وهو أن لم يبلغ درجة الخلة فلا شك أنه  
يستأنس به بعد تمام الخلة وهو ما روى عبد الرزاق من حديث أبان بن أبي عياش عن أنس أن رجلاً  
اشترى من رجل بعيراً وشرط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال  
الخيار ثلاثة أيام إلا أنه أعل بابان مع الاعتراف بأنه كان رجلاً صالحاً وكذا أخرج الدارقطنى عن نافع

تعليمه على الرواية الاولى  
وتقريره ان العقد فاسد  
في الحال بحكم الظاهر لان  
الظاهر دواهما على الشرط  
فاذا أسقط الخيار قبل  
دخول اليوم الرابع زال  
للموجب للفاسد فعود جائزا  
وهذا الآن هذا العقد لم يكن  
فاسدا بعينه بل لمافيه من  
تعغير مقضى العقد في  
اليوم الرابع فاذا زال المغير  
عاد جائزا فصار كما اذا باع  
بأرقم وهو أن يعلم البائع  
على الثوب بعلامة كالكتابة  
يعلم بها الدلال أو غيره عن  
الثوب ولا يعلم المشتري ذلك  
فاذا قال بعثك هذا الثوب  
رقمه وقبل المشتري من غير  
أن يعلم المقدار انعقد البيع  
أسدا فان علم المشتري قدر  
رقمه في المجلس وقبله انقلب  
جائزا بالاتفاق (قوله ولان  
سادبا اعتبار اليوم الرابع)  
لعيل على الرواية الثانية  
تقريره ان اشتراط الخيار

عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة أيام وفيه أحد من مبسرة متروك وأما ما استدلوا من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار وأما القياس على الأجل فنقول بوجبه ولا يضرنافان الشارع لما شرع الأجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فملنا باطلاقه وهنالمالشرع الخيار شرعه مقبدا بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بتقييده حتى له أنه لو شرع الأجل أيضا مقبدا لكانت قوله لا يراد عليه أيضا ولو جوب الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة أن شرط الخيار للبائع لا يجوز لأن نفس الخيار ما وردا للمشترى قلنا ممنوع بل لا عمن قاله صلى الله عليه وسلم قال له إذا باعت وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا (قوله إلا أنه) استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها أي لا يجوز في وقت من الاوقات إلا في وقت إجازته داخل الثلاثة (عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلاف الزفر) وبه قال الشافعي (هو) أي زفر (يقول أنه) أي العقد (انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا) كما إذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لا يقع صححا أو باع عبد بألف وورط لخر ثم أسقط الخمر وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت (ولابي حنيفة أنه) أي من له الخيار (أسقط المفسد) وهو اشتراط اليوم الرابع (قبل تفرره) أي قبل ثبوته وتحققه لان ثبوته بمضي ثلاثة أيام فيعود جائزا (كما إذا باع بالرقم وعلمه بالمجلس فرضي به) وهذا لان المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصلة به بالربع وهو بعرض لفصل قبل مجيئه فاذا أسقطه فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صححا ثم اختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشايخ العراقي حكمه الفساد بحسب الظاهر اذا انما ظاهر وأما على الشرط فاذا أسقطه تبين الامر خلاف الظاهر فينقلب صححا وقال مشايخ خراسان والامام السرخسي ونحو الاسلام وغيرهم ان مشايخ ما وراء النهر هو موقوف وبالإسقاط قبل الرابع انعقد صححا واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد لأن وهو الواجب كذا في الظهيرية والذخيرة وذكر الكرخي نصا عن أبي حنيفة أن البيع موقوف على إجازة المشتري وأثبت للبائع حق الفسخ قبل

(قوله لكن لو ذكر أكثر منها أو أجاز من له الخيارات في الثلاث حاز) أقول لكن لو ذكر الخ يشترى أن الاستثناء منقطع والظاهر الأولى أن يحمل على الاتصال أي لا يجوز أكثر منها في وقت من الأوقات إلا في وقت إجازته في الثلاث فليست تدبر وقوله (فيقتصر على المدة المذكورة) من تمام الدلائل فلا بلائهم ذكر الخلاف في حيز الاستثناء المعلق به (قوله والأول أولى لقوله خلافاً لفرقنا مل) أقول يعني أن ذكر الخلاف يدل على تعلق الاستثناء بتقرير المسئلة على ما هو رأيهم في تفريع الخلاف (قوله والجواب عما فاس عليه زفر من المسائل أن الفساد فيها في صلب العقد الخ) أقول وكذلك الفساد في البيع بالرقيم في صلب العقد لجهالة الثمن فلا بد من الفرق

قال (ولو اشترى على انه ان لم ينقذ الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقذ الثمن فلا بيع بينهما وعلى وجوه فاما ان قال على انه ان لم ينقذ الثمن فلا بيع أو قال على انه ان لم ينقذ الثمن أياما فلا بيع وهما فاسدان أو قال على انه ان لم ينقذ الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلاثة والقياس وهو قول زفر أن لا يجوز لما انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقذ واشترط الاقالة في البيع مثل أن يقول بعثك هذا بشرط أن تقبل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشترط فاسدها أولى أن يفسد واستحسن العلماء جوازه ووجهه ان هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذا الحاجة مست الى الانقضاء عند عدم النقذ تحزنا عن الماطلة في الفسخ وإذا كان في معناه كان ملحقا به ورد بأننا لانسلم انه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المسدة ثم العدة وهما لو سكت حتى مضت المدة بطل العقد وأجيب بأن النظر (١١٤) في الالحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهي الحاجة وهي موجودة

فيها وأما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فانه ان لم ينقذ الثمن انفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه أجيب بأن من له الخيار لا يقدّر على الفسخ في قول أبي حنيفة ومحمد إلا بحضرة الآخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية وأما اذا زاد على ثلاثة أيام فقد اختلفوا فيه لم يجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف وجوزهم محمد

قال المصنف (ولو اشترى على انه ان لم ينقذ الثمن الى ثلاثة أيام الخ) أقول قال الامام القاضي ظهير الدين ههنا مسألة لا بد من حفظها وهي انه اذا لم ينقذ الثمن الى ثلاثة أيام يفسد البيع

(ولو اشترى على انه ان لم ينقذ الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما) والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذا الحاجة مست الى الانقضاء عند عدم النقذ تحزنا عن الماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به

الاجازة لان لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف ولا يخفى أنه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن لعدم الفساد في نفس الامر الى أن يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الامر حقيقة القولين لافساد قبل الرابع بل موقوف ولا يتحقق الخلاف إلا أن يكون الفرض أن الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا باسقاطه خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال ينقذ فاسدا ثم يرتفع الفساد بخذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول يعني قوله اسقط المفسد قبل تقريره وهو كاقبل فان التعليل هو الذي يبنى على الاصل لأن اصل القاعدة يبنى على التعليل والجواب عن المسائل المقيس عليها زفر أن الفساد فيها في صلب العقد لانه بسبب المبيع وهو البديل فلم يكن رفعه وهنا في شرطه وكما يقلب العقد جائزا اذا اسقط الخيار قبل مضي الثلاثة كذلك لو اعتق العبد أو مات العبد أو المشتري أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع يقلب جائزا في قول أبي حنيفة ويلزمه الثمن (قوله ولو اشترى على انه ان لم ينقذ الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما) والمتفق به هذا الشرط ههنا هو البائع وكذا الوقبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة أيام فلا بيع يجوز هذا البيع بهذا الشرط وبصير خيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشتري لا ينقذ عتقه ولو أعتقه البائع نفذ (والى أربعة أيام لم يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف) فان نقذ الثمن قبل مضي الثلاثة تم البيع وان لم ينقذه فيها ففسد البيع ولا ينفسخ نص عليه ظهير الدين وقال لا بد من حفظ هذه المسئلة حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده عتق لان كان في يد البائع (وقال محمد يجوز الى أربعة أيام وأكثر) على قياس قوله في شرط الخيار (فان دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعا والاصل فيه) أي في صحة هذا البيع الى ثلاثة أيام في الثمن (ان هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لا قياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوى) وفهم المحقق بمجرد فهم الاصل مع فهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشتراط الخيار للثمن الى ثلاثة أيام لكل من المتبايعين تبادر اليه أن

ولا ينفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نقذ عتقه وان كان في يد البائع لا ينقذ وعلى هذا اذا اشترى عبدا شرعيته ونقذ الثمن على أن البائع ان رد الثمن فلا بيع بينهما جاز البيع بهذا الشرط بمنزلة شرط الخيار حتى اذا قبض المشتري يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشتري لا ينقذ ولو أعتقه البائع ينقذ اه ولا يخفى عليك مخالفة هذا المنقول لاشارة قول المصنف اذا الحاجة مست الى الانقضاء عند عدم النقذ وتصريح الشارحين أنه ينفسخ العقد عند عدم النقذ الا أن ثبت في المسئلة روايتان (قوله) فان قيل الحاجة تندفع الى قوله يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه أقول فيه بحث لأن شرط الخيار مخالف للقياس لكن المراد قياس زفر (قوله) أجيب بأن من له الخيار الى قوله لا بحضرة الآخر الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر ظهير الدين انه لا ينفسخ بعضى المدة بل يفسد العقد تنقل عنه في النهاية وغيره

أما أبو حنيفة فقد مر على أصله في المحقق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذلك محمد مر على أصله في تجويز الزيادة في المحقق به وأبو يوسف احتج إلى الفرق بين المحقق والمحقق به في جواز الزيادة في الثاني دون الأول ووجه ذلك ما قال المصنف وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر وفي هذا القياس وتفسيره على وجهين أحدهما أن المراد بالأصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله وإن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام والمراد بالأثر ما روى عن ابن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين ومعناه تركنا القياس في المحقق به وهو شرط الخيار بأثر ابن عمر وعلمنا بالقياس في المحقق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه والثاني أن يكون معناه أخذ أبو يوسف في الأصل أي في ثلاثة أيام بأثر ابن عمر وهو ما روى أن عبد الله بن عمر باع ناقه له من رجل بشرط أنه أن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة (١١٥) أيام فلا يبيع بينهما (وفي هذا) أي في

الرائد على الثلاثة أيام

(بالقياس) وهو يقتضي

عدم الجواز كما مر (قوله

وفي هذه المسئلة قياس

آخر) تقدم معناه قال (وخيار

البائع يمنع خروج المبيع

عن ملكه) قد تقدم أن خيار

الشرط قد يكون لاحد

المتعاقدين وقد يكون لهما

جميعا فإذا كان البائع

فالمبيع لا يخرج عن ملكه

بالاتفاق والثمن يخرج

عن ملك المشتري بالاتفاق

وإذا كان للمشتري فالمبيع

يخرج عن ملك البائع

والثمن لا يخرج عن ملكه

فإذا كان لهما لا يخرج شيء

من المبيع والثمن عن ملك

البائع والمشتري بالاتفاق

فإذا خرج المبيع عن ملك

البائع والثمن عن ملك

المشتري هل يدخل في ملك

المشتري والبائع فيه خلاف

قال أبو حنيفة لا يدخل

وقال لا يدخل أمادليل عدم

خروج المبيع عن ملك

البائع في الصورة الأولى فلما

وقد مر أبو حنيفة على أصله في المحقق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذا محمد في تجويز الزيادة وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر وفي هذا القياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر وهو أنه يبيع شرط فيه أقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشترط الصحيح منها فيه مفسدة العقد فاشترط الفاسد أولى ووجه الاستحسان ما بينا قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام هذا السبب بالمرضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع شرعيته لا ترى لدفع ضرر الغبن في المبيع والثمن فيبتادر إليه جواز لدفع الغبن في الثمن للماطلة وكون هذا يفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذلك ينبرم بتمامها بل لا أثر له لأن المعتبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يفهمه من فهم اللغة ألا أنك سمعت أنه لا ينسخ بتمامها بل يرجع فاسدا (وقد مر أبو حنيفة رضي الله عنه على أصله في المحقق به) وهو أنه لا يزداد على الثلاثة فكذلك في المحقق وكذلك محمد حيث جعله جائزا بالقياس لعدم أبو يوسف فرق فأخذ في الأصل بالأثر يعني أن ابن عمر في جواز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام وأخذ في هذه المسئلة بالقياس أي في نفي الزائد على الثلاثة وأما في الثلاثة فحديث ابن البرصاعلي ما سئذ كرهه في خيار التعيين هذا ما ذكر عن أبي يوسف هنا وقد روى عنه أنه يرجع إلى قول محمد ورواه الحسن بن أبي مالك عنه وفي شرح الجمع الأصح أنه مع أبي حنيفة وكثير من المشايخ لم يرجعوا عنه شيئا وحكموا على قوله بالاضطرار (وفي هذه المسئلة قياس آخر) يقتضي أن لا يجوز هذا البيع أصلا (وهو أنه يبيع شرط فيه أقالة فاسدة لتعلقها بالشرط) وهو عدم دفع الثمن في الثلاثة الأيام والأقالة لا تتعلق بالشرط لأن فيها معنى التملك حتى جعلت به جديدا في حق ثالث وهو لو شرط الأقالة الصحيحة وهي التي لم تعلق بالشرط بأن قال بعثك على أن أقبلك وتقبلها أو قال اشتريت منك على أن تقبلني لا يصح لأنه شرط لا يقتضيه العقد (فاشترط الفاسدة أولى) وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعي وأحمد فكلهم منعوا صحة البيع والوجه عليهم ما قدمناه من الإلحاق بالدلالة لا بالقياس وهو المراد بقول المصنف وجه الاستحسان ما بينا (قوله وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام هذا السبب (بالمراضة) الذي هو البيع (بالمراضة) لما عرف من قوله تعالى ألا أن تكون تجارة عن تراض منكم (ولا يتم) الرضا (مع الخيار) لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البائع لأنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضا فلا يوجب حكمه في حقه فلا يخرج المبيع عن ملكه فلماذا جاز تصرفه فيه فنقد عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلاف وبالتعليل المذكور يعرف أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه لا تحاد نسبته إلى كل من له الخيار وأنه إذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع عن ملك

ذكره من قوله (لأن تمام هذا السبب) أي العلة (بالمراضة) أن يكون الرضا داخلا في حقيقة الشرعية ولا يتم المراضة بالخيار لأن البيع به يصير علة اسماء ومعنى لا يحكم فنع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه (ولهذا ينفذ عتقه) ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع

(قوله وقوله وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه) أقول يعني تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميناً وهو قوله والقياس وهو قول زفر أنه لا يجوز لما به بيع الخ (قوله أن يكون الرضا داخلا في حقيقة الشرعية ولا يتم المراضة بالخيار) أقول فيه بحث فإن بيع المكره بيع يترتب عليه أحكامه ولا رضاه (قوله لأن البيع به يصير علة اسماء) أقول تأمل في صحة هذا التعليل

فان قبضه المشتري فهلك في يده في مدة الخيار (١١٦) ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن أبي ليلى هو بقول قبض ملك البائع بائنه

فكان أمانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا تلحقها الاجازة وهو معنى قوله (الاثنه كان موقوفا) ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك وأما أن المنفسخ به مضمون بالقيمة فلا نه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وتحقيقه أن الضمان الاصلى الثابت بالعقد في القيمات هو القيمة وانما يحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقى الضمان الاصلى في مدة الخيار وأما اذا هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذ ذلك بتمام الرضا ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار قبل وانما ذكر الصحيح مع أن الحكم في الفاسد كذلك حال الحال المسلمين على الصلاح وأما دليل خروج وجه عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري فهو أن البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البديل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظر له دون الآخر وأما أن البديل اذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك لا ترد

(ولو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقى مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق قال (وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البديل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظر له دون الآخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند أي حذيفة وقال لا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلولم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولاعه دلنا به في الشرع

البائع ولا الثمن عن ملك المشتري ولو قبض المشتري المبيع وكان الخيار للبائع (فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا) في حق المبيع ولا يمكن نفاذه بالهلاك لانه (لا نفاذ للمحل فبقى) في يد المشتري (مقبوضا) لاعلى وجه الامانة المحضة كالودعة والاعارة كما نقل عن ابن أبي ليلى رحمه الله انه لم يضمنه لانه ما رضى البائع بقبضه الاعلى جهة العقد فقل ما فيه أن يكون كالمقبوض (على سوم الشراء وفي) المقبوض على (سوم الشراء القيمة) اذا هلك وهو قبي والمثل في المثل اذا كان القبض بعد سمية الثمن أما اذا لم يسم عن فلا ضمان في الصحيح وعليه فرع ما ذكره الفقيه أبو الليث في العيون في رجل أخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيت اشتريته فضاع في يده لم يلزمه شيء وان قال ان رضيت اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة وبنيت الضمان بالقيمة على المشتري في هذا البيع قال مالك والشافعي في المشهور وعندهم وجه في ضمانه بالثمن وهو قياس قول أحمد لانه قال يخرج المبيع عن ملك البائع بثبوت الخيار لانه لا سبب قد تم بالايجاب والقبول وثبوت الخيار بثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك كخيار العيب قلنا قولك ثم البيع بالايجاب والقبول ان أردت في حق حكمه منعناه أو تمت صورته فسلم ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا وتقييد المصنف بالهلاك بكونه في مدة الخيار يخرج ما اذا هلك بعدها وانما حينئذ يضمن بالثمن لانه هلك بعد ما تبرم البيع لعدم فسخ البائع في المدة (ولو هلك) المبيع (في يد البائع) والحال أن الخيار له الاشكال في أنه ينفسخ (ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق) عن شرط الخيار فان فيه اذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لاخراج الفاسد لان الحال في البيع الفاسد كذلك أعني الانقضاء بهلاك المبيع في يد البائع بل لان الاعتبار بالاصالة له والفاسد اذا أخذ حكمه منه (قوله) وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) وقوله (لان البيع) الى آخره تليد لم يخلو وهو قولنا فخرج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانبه لازم بان فقد تم السبب في حقه وانتفى ما يمنعه من عمله اذ كان خيار المشتري لا يمنعه فيخرج (وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البديل) الذي هو من جهة (من له الخيار) لما ذكرنا أنه يوجب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب في خروجه لعدم شرط عمله فيبقى على ملكه كما كان وقوله (الا أن المشتري لا يملكه) بمعنى لكن وهو استدراك الامر متبادر عنه عند قوله بخروج المبيع عن ملك البائع اذا كان الخيار للمشتري وهو المفرد الذي ذكرناه فانه يتبادر بحكم العادة انه اذا خرج المبيع عن ملك البائع يدخل في ملك المشتري وهذا (عند أبي حنيفة وقال لا يملكه) المشتري وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول (لانه لما خرج عن ملك البائع لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى) ملك (مالك) ولاعه دلنا به في الشرع في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يراد شراء متولى أمر الكعبة اذا اشترى عبدا لسدانة الكعبة والضيعة الموقوفة بعبيدها اذا ضعف أحدهم فاشترى ببدله آخر فانه لا يدخل في ملك المشتري لان ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف وحكم الاوقاف ذلك وكذا

لا ترد

(قوله قيل الى قوله لحال المسلمين على الصلاح) أقول ولا نه يعلم حاله بالولاية

عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه للم يخرج ماله عن ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكم للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة ونقض بالمدرقان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المديبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد واجب بأن قوله (حكم للمعاوضة يدفع النقص فان ضمن المديبر ضمان جنابة وليس كلامنا فيه ويدخل عندهما لانه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر يكون رائلا لالا (١١٧) مالك يعني سائبة ولا عهد لانه

في الشرع ونقض بما اذا اشترى متولى الكعبة عبدا لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري وأجيب بأن كلا من في التجارة وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم ورجح قول أبي حنيفة بأن شرعية الخيار نظر المشتري ليرى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه عما يكون عليه لاله بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض (قوله فان هلك في يده) أي ان هلك المبيع في يد المشتري فيما اذا كان اختياره هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفا ومراعاة عيب لا يرتفع كان قطعت يده وأما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلاثة أن يفسخ بعد الارتفاع وأما اذا مضت والعيب قائم لزم العقد لعذر الرد وتعين بما

ولابي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتماع البدلان في ملك رجل واحد حكم للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظر المشتري ليرى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك بما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فينفوت النظر قال (فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمنع الرد والهالك لا يعرى عن مقدمة عيب فيه كالعقد قد انبرم فيلزمه الثمن

لا ترد التركة المستغرقة بالدين فانها تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء للقيود المذكور (ولابي حنيفة رضي الله عنه انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع في ملكه لاجتماع البدلان) الثمن والمبيع (في ملك) أحد المتعاضين (حكم للمعاوضة ولا أصل له في الشرع) وأني يكون (والمعاوضة تقتضي المساواة) بين المتعاضين في تبادل ملكهم ما بخلاف ضمان غاصب المديبر اذا أبق من عنده سواء قلنا انه بدل البدل والمالك حيث لا يخرج المديبر به عن ملكه مالكة فيجتمع العوضان في ملك واحد فانه ضمان جنابة لا ضمان معاوضة شرعية وهذا لزم في الشرع مما ذكرناه فان المشتري للسدانة والوقف كائن في المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل في ملك أحد (ولان خيار المشتري شرع نظرا له ليرى فيقف على المصلحة) في رأيه (ولو أثبتنا الملك) بمجرد البيع مع خياره الحقناه نقض مقصوده (اذربما) كان المبيع من (يعتق عليه) فيعتق (من غير اختياره) فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض اذا كان مفقوا للنظر وذلك لا يجوز وقد أورد على هذا لو ثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة لأن استحقاقها بالملك ولذا لا تنبت بحق السكنى لكنه يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق والاجماع أجيب بأنه انما استحقها لانه صار أحق بها انصرفا لانه ملكها كالعبد المأذون يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بهذا المعنى وحاصل هذا منع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو أعم في معناه وهذا تكلف لا يحتاج اليه وستأتي المسئلة معللة بانبرام البيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحها وما في الاجناس لو بيعت دار بجوارها فخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية فله أن يردها اذا رآها ويبطل خيار الشرط (فان هلك) المبيع (في يد المشتري) ولو في مدة الخيار (هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) لا يرجي زواله كان قطعت يده ولو بغير صنعه فانه يلزمه الثمن ويمتنع الرد بخلاف ما لو كان يرجي زواله في المدة بان مرض فان المشتري على خياره لكن ليس له أن يرده مريض حتى يبرأ في المدة فان مضت المدة ولم يبرأ لزم البيع فيه وعن أبي يوسف يبطل خيار المشتري في كل عيب بأي وجه كان الا في خصلة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره بل ان شاعرده وان شاء أجاز البيع وأخذ الارش من البائع وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع) متصل بقوله هلك بالثمن يعني الفرق بين ما اذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشتري فانه يملك بالقيمة وبين ما اذا كان للمشتري فهلك في يد المشتري فانه يملك بالثمن هو ان الهلاك لا يتخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كائنا ما كان فاذا اتصل به الهلاك لم توجد حالة محجوزة للرد فيه كالعقد وانبرم العقد

ذكر ان هلاك المبيع وتعيينه بوجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبائع وبوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصريح ببيان الفرق ووجهه أن المبيع اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهالك لا يعرى عن مقدمة عيب فيه كالعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى

قال المصنف (والعقد قد انبرم) أقول انبرم مطاوع قولهم أبرمت الامر ابراما اذا أحكمته

وأما إذا كان الخيار للبائع فلم يمنع الرد على المشتري بدخول العيب لأن الخيار للبائع لانه فيملك والمبيع موقوف فيلزم القيمة قال (ومن اشترى امرأته) هذه مسائل ترتب على الاصل المتقدم ذكره وهو أن الخيار إذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى هذا إذا اشترى امرأته (على انه بالخيار ثلاثة أيام يفسد النكاح) لانه لم يملكها وان وطئها لانه أن يردّها لان الوطء لم يكن بملك المبيع حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكرًا فليس له أن يردّها لان الوطء ينقصها وهذا يشير الى أن قوله (وان وطئها له أن يردّها) معناه اذا لم ينقصها الوطء فأما اذا نقصها فلا يردّها وان كانت ثيبًا ليسه أشير في شرح الطحاوي وعندهما يفسد النكاح وان وطئها لم يردّها وان كانت ثيبًا لانه ملكها ووطئها بملك المبيع ولهذه المسئلة نظائر في كونها مرتبة على الاصل المتقدم منها عتق المشتري على المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبًا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافاً لهما ان ملكت عبدًا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافاً لهما

بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمنع الرد حكماً بخيار البائع فيملك والعقد موقوف قال (ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) لانه لم يملكها له من الخيار (وان وطئها له أن يردّها) لان الوطء يحكم النكاح (الا اذا كانت بكرًا) لان الوطء ينقصها وهذا عند أبي حنيفة (وقال يفسد النكاح) لانه ملكها (وان وطئها لم يردّها) لان وطئها بملك المبيع فيمنع الرد وان كانت ثيبًا ولهذه المسئلة أخوات كلها تنبني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبًا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكك عبدًا فهو حر

بوجب الثمن لا القيمة (بخلاف ما تقدم) من كون الخيار للبائع فان تعيب المبيع لا يمنع الرد حكماً بخيار البائع (فيملك والعقد موقوف) فيبطل العقد فلا يضمن الثمن بل القيمة (قوله ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) عند أبي حنيفة (لانه لم يملكها له من الخيار) والمبيع لا يدخل في ملك المشتري بالخيار فلورد البيع استمرت زوجه عنده وعندهما اذا فسخه رجعت الى مولاهن بلا نكاح عليهما (وان وطئها) بعد الشراء (له أن يردّها) بالخيار لان الوطء لا يلزم هنا أن يكون اجازة لان له في النكاح ملكاً قائماً يحصل له الوطء فلم يلزم كون وطئها اجازة (الا اذا كانت بكرًا لان الوطء ينقص البكر) فيمنع الرد للعيب الذي حدث عنده ومن هذا يعرف أنه لو نقصها الوطء وهي ثيب بمنع الرد عنده أيضاً للنقص الذي دخلها لاذات الوطء فان قيل لما زوجهامولا الذي باعها فقد رضى بالنقصان بزوال البكارة وحين أثبت له الخيار فقد رضى بالرد فيكون راضياً بردّها ناقصة أحجب بجمع بقاء الرضا بذلك بعد البيع بل لما باعها نسخ ذلك الرضا الى الرضا عما هي أحكام هذا البيع وأحكام هذا البيع ما ذكرناه (وقال يفسد النكاح لانه ملكها فان وطئها لا يردّها) ولو كانت ثيبًا لان الوطء بعد انفساخ النكاح ليس الا بملك المبيع فكان مسقطاً للخيار ورضاً بالبيع وهذه المسئلة من فروع الخلاف في ثبوت الملك في المبيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه (ولها أخوات) ذكرها المصنف تقرى على الخلاف في ذلك (منها عتق العبد (المشتري على المشتري) بشرط الخيار (في مدة الخيار اذا كان قريبه) قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه (ومنها أن من قال ان ملكك عبدًا فهو حر) فاشترى عبدًا بشرط الخيار فانه لا يعتق لانه لم يملكه أما لو قال ان اشترى عبدًا فهو حر فاشترى عبدًا بشرط الخيار فانه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمشترى للعقود بعده من حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه ولذا لا يعتق عن الكفارة اذا نوى الخالف بشرائه أن يعتق عن كفارته ومنها لو اشترى جارية على أنه بالخيار فخاصت في مدة الخيار أو وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجزئ تلك الحيضة لانها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة أخرى لحل الوطء وعندهما يجزئ بها لوجودها بعد الملك وينبغي أن يقيس بذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك والمالك المؤكد يكون بالقبض ولو اختار الفسخ فردّها الى البائع لا يحتاج البائع الى استبراء ثم اعند أبي حنيفة سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده وعندهما ان كان قبل القبض لا استبراء عليه استحساناً وان كان في القياس يجب وان كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبراءً وأما قياساً واستحساناً لا استحداث الملك بعد ملك المشتري الملك المؤكد بالقبض فيثبت نوبهم الشغل وأجمعوا أن العدة لو كان بانائم فسخ باقالة أو غيرها ان كان قبل القبض فالقياس أن يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فلا استبراء واجب قياساً واستحساناً ولو كان الخيار للبائع ففسخ في المدة فظاهر الرواية أنه لا يجب عليه استبراء لانهم تخرج عن ملكه وان أجازه فعلى

بخلاف ما إذا قال ان اشترت لانه يصير كالمشئ للعقب بعد الشراء لان العلق بالشرط كالرسل عنده ولو أنشأ العقب بعد شرائه بالخيار عتق وسقط الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمشئ وجب أن ينوب عن الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعته فلو باع عن الكفارة أوجب بأنه جعل كالمشئ نصيحما لقوله فهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت المين لانه كالمدر في الاستحقاق وفيه يعمل الانشاء للعقب لاعتق الكفارة كذا هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضرت بعد القبض في مدة الخيار حمضة أو بعضها فاختارها لا يجزئ بطلان الحمضة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولوردها على البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض أو بعده وعندهما اذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع (١١٩) الاستبراء استحسانا والقياس أن

يجب لتحدد الملك وان كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياسا واستحسانا وأجمعوا في البيع البات يفسخ باقالة أو غيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولده عنده قال صاحب النهاية لا بد من أحد تأويلين إما ان يكون معناه اشترى منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري بشرط الخيار أو يكون اشترى الامه التي كانت منكوحته وولدت منه ولذا قبل الشراء ثم اشترى بشرط الخيار لا تصير أم ولده في مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى هذا كان قوله في المدة طرفا لقوله لا تصير أم ولده لا طرف الولادة وتقرير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح

بخلاف ما إذا قال ان اشترت فهو حر لانه يصير كالمشئ للعقب بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حمض المشتراة في المدة لا يجزئ به عن الاستبراء عنده وعندهما يجزئ ولوردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولده عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لا ارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري احصة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ما ذوناله فأبرأه البائع من الثمن في المدة المشتري استبرأها بحمضة بعد الاجازة بالاجماع ومنها اذا ولدت منكوحته بعد ما اشتراها على أنه بالخيار في المدة لا تصير أم ولده وتصحير أم ولده عندهما وقد قيد الشارحون كلام المصنف بأن تكون الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكر في المبسوط لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها تعينت بالولادة وتصحير أم ولد بالاجماع وصور الطحاوي هذه الخلافية فيما اذا ولدت قبل الشراء قال اشترى جارية وقد ولدت منه ولد بشرط الخيار فعند أبي حنيفة لا تصير أم ولده وخياره على حاله الا اذا اختارها صارت أم ولده وعندهما تصير أم ولده بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره وتقييده بكونه قبل القبض أحسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل القبض بعد الشراء (ومنها اذا قبض المشتري) بشرط الخيار له (المبيع باذن البائع ثم أودعه عنده البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع) عنده (لا ارتفاع القبض بالرد) لانه لم يملكه ارفع القبض بالايداع لان البائع لا يصلح أن يكون مودعا للملك نفسه فلا يكون الايداع صحيحا واهلاك المبيع قبل القبض يبطل المبيع (وعندهما) يهلك (من مال المشتري احصة الايداع باعتبار قيام ملكه) وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار أن المالك لا يصلح مودعا للملك نفسه صحيح لكن الواقع أن المبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا للملك نفسه فتصح ودعيه المشتري لتحقق ايداع غير المالك كالمضارب وغيره وقد يراد ملكه بحسب المال الا أنه ليس يلزم لجواز أن لا يؤل الى ملكه بأن يختار المشتري المبيع أمالو كان الخيار للبائع فسله الى المشتري ثم إن المشتري أودعه في مدة الخيار البائع فهلك في يده قبل نفاذ البيع أو بعده يبطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع بائنا فقبضه المشتري باذن البائع أو بغير اذنه وله فيه خيار رؤية أو عيب فأودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الايداع منه (ومنها لو كان المشتري بالخيار) عبدا ما ذوناله فأبرأه البائع من الثمن في المدة يصح ابرأؤه استحسانا لا قياسا لان البائع لم يملك

لا تصير أم ولده في مدة الخيار وفيه تعة مدلفظي كما ترى قال صاحب النهاية وانما احتجنا الى أحد التأويلين لانا لو أجرين على ظاهر اللفظ قلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار قبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعينت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يد البائع في مدة الخيار أو بعده هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذا ودعيه لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما المالك المشتري صحته الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ومنها ما لو كان المشتري عبدا ما ذوناله فأبرأه البائع من الثمن في المدة

(قوله لانا لو أجرين على ظاهر اللفظ) أقول يعني الاطلاق

بقي خياره لانه لم يملكه كان الراد امتناعا منه عن التملك والمأذون له ولا بد من ذلك وعنده ما بطل خياره لانه لم يملكه كان الراد منه تملكا بغير عوض والمأذون ليس من أهله فان قلت اذا كان الخيار للشترى فأنشأ لم يخرج عن ملكه فواجه ابراء البائع عن الثمن قبل أن يملكه أحب بأن القياس ينفي صحة هذا البراء وجواز استحسان حصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذي من ذي خرا بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما (١٢٠) وعنده بطل الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح

بقي على خياره عنده لان الراد امتناع عن التملك والمأذون له يملكه وعنده ما بطل خياره لانه لم يملكه كان الراد منه تملكا بغير عوض وهو ليس من أهله ومنها اذا اشترى ذي من ذي خرا على انه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل البيع لانه لم يملكها فلا يملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة وله أن يجيز فان أجاز بغير حضرة صاحبه حاز

الثمن على المشتري بالخيار فلا يصح ابرأؤه مما يملكه وفي الاستحسان يصح لوجوب سبب ملكه للثمن وهو البيع واذا صح ابرأؤه بالاتفاق (بقي على خياره) في السلعة ان شاء أجاز البيع فإخذها بلا ثمن وان شاء رده فبطلت السلعة للبائع عند أبي حنيفة لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شيء بلا عوض (والمأذون يملكه) أي يملك ذلك كله أن يمنع عن قبول الهبة (وعندهما) لما يرى من الثمن والواقع أن المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لورده كان متبرعا بملكه بغير عوض والعبد والمأذون ليس من أهل التبرعات فاذا امتنع الراد تبرع المبيع بلا شيء واستشكل تصوير المسئلة بسبب أن الثمن لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور ابراءه منه والجواب أن ابراءه يعمد شغل الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره ألا يرى أن المدبون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وانما اشتغلت ذمته لصحة السبب لان شرط الخيار ليس داخل على السبب بل على حكمه كما تقدم وبوجود البيع لا بد أن تشغل الذمة بالثمن ولا يظن انه يقارن وجوب أدائه بل الثابت أصل الوجوب وليس في أصل الوجوب طلب أصلا على ما عرف (ومنها اذا اشترى ذي من ذي خرا على أن المشتري بالخيار ثم أسلم) المشتري في مدة الخيار (بطل خياره) عندهما (لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل البيع لانه لم يملكها ولا يملكه تملكها باسقاط الخيار) بعد الاسلام فتعين بطلان البيع أمالو كان الخيار للبائع وأسلم فبطلان البيع بالاجماع هذا آخر ما فرعه المصنف ومن الفروع أيضا على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار ما لو اشترى مسلم من مسلم عسيرا بالخيار فتحترق في المدة ففسد البيع عنده بالعجز عن تملكه باسقاط خياره وتم عندهما بالعجز عن رده بفسخه ومنها ما اذا اشترى دارا على أنه بالخيار وهو ساكنها باجارة أو اعارة فاستدام سكنها قال الامام السرخسي لا يكون اختيارا وانما الاختيار ابتداء السكنى وقال خواهر زاده استدامة السكنى اختيارا عندهما لانه يملك العين وعنده ليس باختيارا لانه بالاجارة أو الاعارة لم يملك شيئا ومنها حال لاشترى نطية بالخيار فقبضه ثم أحرم والطبي في بده ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع وقال يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فأحرم البائع للمشتري أن يرده ومنها أن الخيار اذا كان للمشتري وفسخ العقد فالرائد ترد على البائع عنده لانهم لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه (قوله ومن شرط له الخيار) سواء كان باذعنا أو مشتريا أو أجنبيا (له أن يجيز) في مدة الخيار بالاجماع الفقهاء (وله أن يفسخ فان أجاز بغير حضرة صاحبه) يريد بغير علمه (جاز) فاذا كان الخيار للبائع فنفاذا البيع بأحدمعان ثلاث

واذا كان الخيار للبائع وأسلم بطل البيع بالاجماع واذا كان الخيار للمشتري وأسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لان العقد من جانبه بات فان اختاره المشتري صار له وان رد صار الخراج للبائع والمسلم من أهل أن يملك الخراج حكما قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة) هذا العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبي لان شرط الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبائع فالاجازة تحصل بثلاثة أشياء بأن يقول أجزت وبعونه في مدة الخيار لانه لا يورث كما سئذ كره فيكون العقبة نافذا وبأن تحصى مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للمشتري فبذلك وبأن يصير المبيع في يد المشتري الى حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم وأما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما والثاني هو ما يكون بالفعل كان يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك كما

اذا اعتق المبيع أو باعه أو كانت جارية فوطئها أو قبلها وأن يكون الثمن عينا فتصرف المشتري فيه تصرف الملاك فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد يفسخ سواء في ذلك حضوره أو لا خروا وعنده لانه فسخ حكما والشيء قد ثبت حكما وان كان يبطل قصدا

قال المصنف (لان الراد امتناع عن التملك) أقول الظاهر انه يقال عن التملك

بعضى مدة الخيار وعمومه وبانغمائه وجنونه في المدة فان أفاق فيها قال الاسيماي الاصح أنه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البنج ولو ارتد فعلى خياره اجماعا فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما والمعنى الثالث أن يجيز البيع كان يقول أجزت البيع ورضيته واسقطت خيارى ونحو ذلك وإذا كان الخيار للمشتري فنفاذه بعاذرنا من الامور الثلاثة للبائع وبالفعل بأن يتصرف في المبيع تصرف المالك في مدة الخيار بأن يعتق أو يكتب أو يدبر أو يبيع المبيع أو يهبه ويسله أو يرهقه أو يؤجره وان لم يسلمه على الاصح وكذا اذا علق عقده في المدة فوجد الشرط فيها ومن ذلك أن يباشر في المبيع فعلا لا يحتاج اليه للامتحان ولا يحل في غير الملك بحال فان كان يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك فهو على خياره فالوطء اجازة وكذا التقييل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لان ذلك يحل في غير الملك في الجملة فان الطبيب والقابله يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقييل لا الا أن النظر اليه من حيث هو ومن ولو أنكر الشهوة في هذه كان القول قوله لانه ينكر سقوط خياره وكذلك اذا فعلت الجارية ذلك يسقط خياره في قول أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع لان شرط الخيار ليختار هو لا ليختار عليه ولا يبي حنيفة أن حرمة المصاهرة تثبت بهذه الاشياء فكانت ملحقه بالوطء فصارت هذه الاشياء من حيث هي ملحقه بالوطء في ايجاب الحرمة كالمضاف الى الرجل وأما المباشرة مكرها كان أو مطاوعا اختيار أما عند أبي حنيفة فظاهر وأما عند محمد فلا نوطء تنقبض حتى لو وجدت من غير المشتري يتمتع الردفأما المباشرة اذا اتسدت أتمها والمشتري كاره ثم تركها وهو يبقدر على الامتناع فهو اختيار وانما يلزم سقوط الخيار في غير المباشرة اذا أقر بشهوتها لان فعلها يلزم اسقاط خياره فيتموقف على اقراره بما يسقط خياره ولو دعا الجارية الى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه يمتحن به والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان في نوع آخر وقد اختلف كلامه في الفتاوى الصغرى فقال الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وقال في موضع آخر قال المرة الثانية تبطل الخيار وأكله المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفي فتاوى قاضيان اذا لبسه مرة واستخدم الخادم مرة لا يبطل خياره ويبطل مرتين وركوبها يسقطها أو يردّها ويعلقها الاجازة وقيل ان لم يمكنه بدون الركوب لا يكون اجازة وأطلق في فتاوى قاضيان انه لا يبطل خياره فقال وركوبها ليسقطها أو يردّها على البائع لا يبطل خياره استحسننا لعله الاستحسان ولو قطع حوافر الدابة أو أخذ بعض عرفها لا يبطل ولو نسخ من الكتاب نفسه أو غيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على العكس وبه أخذ أبو الليث وطلب الشفقة بالدار المشتراة رضاها بخلاف خيار الرؤية والعيب ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث بفعل البائع أو بغير فعله عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يلزم العقد بفعل البائع لان البائع لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا انه يلزم بجنايته اثبتنا له قدرة الزامه فتفتقر فائدة شرط الخيار للمشتري بخلاف ما اذا كان من أجنبي فان لزومه لا من قبله ولهما أن ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشتري فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف في ضمانه وتعذرت على البائع حصته من الثمن فبقى رد الباقي كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز كفعل الاجنبي واذا عرف هذا عرف أن المشتري يرجع على البائع بالارش ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره لأن ما انتقص بغير فعله فهو غير مضمون على البائع وكذا لو سقطت اطرافه لم يسقط شيء من الثمن لكنه يخير المشتري ولو حدث بفعل البائع انتقص البيع لان ما انتقص مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن فلو تفتت الخيار تفرقت الصفقة على المشتري ولو برغ الدابة فهو رضا ولو حلب لبنها فهو رضا عند أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وقال أبو يوسف لا يكون رضا حتى يشربه أو يستهلكه ولو سقى حرثا في الارض فيما اذا اشترى الارض أو حصده الزرع أو قصل

وأما الاول فهو ما يكون بالقول (١٣٣) وهو أن يقول البائع أو المشتري فسخت فان كان ذلك بمضرة الاخرأى بعلمه انفسخ

وان فسح لم يجز الا أن يكون الاخر حاضر عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز) وهو قول الشافعي والشرط هو العلم وانما كنى بالمضرة عنه لانه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالأجازه ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد عام البيع السابق فيصرف فيه فلتزومه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لساعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازه لانه لا الزام فيه

منه شيئا فيما اذا اشترى الزرع فهو رضاء ولو سقي دوابه من النهر أو شرب هو فليس برضاء ولو طعن في الرحي فهو رضاء وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رحي الماء وليس في ديارنا ولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطلب المشتري الاجرة من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد أو البجارية أو مشطها بالمشط والدهن وألبسها فليس برضا (قوله وان فسح) أي من له الخيار في المدة (بغير مضرة الاخر) أي بغير علمه (لم يجز) عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول مالك (وانما كنى بالمضرة عن العلم) حتى لو لم يبلغه الفسخ الا بعد المدة تم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ (وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي) وكذا الخلاف في خيار الرؤية والفسخ بالقول في المدة بأن يقول فسخت أو رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع وهذا الفسخ بالقول هو الذي الخلاف في جوازه بغير علم الآخر وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا وكان مقتضى النظر أن من قال ببيع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به فيما هو يفعل اختياريا لانه كالقول من حيث هو اختيار ثبت به الانفساخ بخلاف الموت وفعل الأمة ودخول العيب بغير صنعها والهلاك فان كان الخيار للبائع فهو أن يتصرف في المبيع تصرف المالك كالتق والبيع والوطع جميع ما قد منأنا أنه اجازة اذا صدر من المشتري من الأفعال فهو فسح اذا صدر من البائع (له) أي لابي يوسف (أنه) أي الفاسخ منهما (مسلط على الفسخ من جهة صاحبه) يعني الذي لا خيار له (فلا يتوقف) فسخته (على علمه) كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل (ولهما) أنه تصرف في حق الغير وهو الذي لا خيار له (بالرفع ولا يعرى عن المضرة) أما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيصرف فيه فلتزومه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررا وأما اذا كان للمشتري فالبايع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لساعته مشتريا وقد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس

العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رجحاما الله وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي رجحاما الله لابي يوسف ان من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالأجازه وهو قياس منه لاحد شطري العقد على الآخر ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضاء وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له أن يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لانه مسلط من جهته (ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع) هو (لا يعرى عن المضرة) أما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيصرف فيه فلتزومه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررا وأما اذا كان للمشتري فالبايع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لساعته مشتريا وقد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس

يكون

على الشطر الاخر فاسد لقيام الفارق وهو الالزام

(قوله وهو قياس منه لاحد شطري العقد) أقول فيه تسامح لظهور ان الفسخ ليس أحد شطري العقد

ولا نسلم انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ من لا يملكه غير معقول ولا مشروع كاتملك من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان معنى الالتزام على العلم لا على الرضا وتكونه لا بد منه في البياعات لانه لا التزام فيها وعورض بأن ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم يتفرد بالفسخ لم يما خفي من ليس له الخيار الى مضي المدة فيسلم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى وأجيب بأنه ضرر مرضي به منه حيث ترك الاستئناق بأخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدار دليلهم الزام ضرر زائد غير مرضي به فاذا فاق المجموع أو بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قبل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو مسوغ لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالتزام كاسقاط الحمل عن الدابة ولا ما قبل الزوج يتفرد بالرجعة وحكمها يلزم (١٢٣) المرأة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان

الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزام أمر جدد سلبناه لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالى النعم فاستدامته بالرجعة لا تكون ضررا ولا ما قبل اختيار الخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالتزام بل ذلك بالتزامه أو لانه لا ضرر فيه فان الإيجاب فيه حصل منه ولو رأى ضررا ما أقدم عليه أو لانه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قبل اختيار الامة المعتقة الفرقه يلزم الزوج بدون علم وفيه الزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار أو هو مرضي به بالاقدام على سببه ولا ما قبل اختيار المالك رفع عقد الفسوق يلزم العاقرين بلا علم وفيه الزام عليها لانه

ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعدم مضي المدة تم العقد بمضى المدة قبل الفسخ

يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا أكثرى بل قد يكون الثمن أكثر من القيمة فهم ما في محل التعارض بل الغالب أن البيع يكون بما هو قيمة البيع خصوصا بياعات الاسواق فبطل ذلك الشق وأما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب لسلطته مشتبها فانما لحقه من نقصه حيث لم يستكشف من المشتري في المدة هل فسخت أولا فومثل هذا كثير في الفقه أعنى الزام ما هو ضرر لنقصه من لزمه في احتياطه لنفسه مع المكنة بخلاف الوكيل فإن ضرره لازم بالزام عن ما يشتره عليه ان كان وكلا للشراء لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بالزام عن ما لا غرض له فيه ولا حاجة له به وقد لا يكون مال المقداره وبإهدار أقواله أعنى عقوده اذا كان وكلا بالبيع وهذا أضر على النفس من اقتراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شأنه ووضع قدره فالوجه لابي يوسف والشافعي أقوى والله أعلم وقوله حينئذ (ولا نقول انه مسلط) من جهته (وكيف وهو لا يملك الفسخ فلا يملك تسليطه) مشاحة لفظية فان المراد من سلطه أذن له في التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدة فاذا منع تضمن شرط الخيار الاذن بلا علم للضرر فكان الاذن مقيدا بعد عدم محل الضرر وهو حال العلم فجوابه ما ذكرناه من انتقائه في صورة التعارض وعدم تأثيره في أخرى لتقصير من يلزمه وبهذا أجابوا عن المعارضة القائلة لو لم يتفرد من له الخيار بالفسخ يتضرر هو ايضا لانه يمكن أن يخفى صاحبه في المدة حتى تنقضي فقالوا وهذا الضرر انما يلزمه من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل وأما الجواب بأن الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار لهجزه عن احضاره لا بالاختفاء في سعة فضل الله التجاوز عنه وقيل انظروا انه لا يخفى لانه أمين حيث اثبت الخيار لصاحبه واعلم أن الالتزام بهذا الفرع على احدى الروايتين في فتاوى فاضل خان جاء الى باب البائع ليرده فاختفى فيه فطلب من القاضي خصما ليرده عليه قال بعضهم ينصب نظر المشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكلام مع احتمال غيبته فلا يتظرله فان لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد وروايتان في رواية يجيبه فيبعث مناديا ينادى على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلان يريد أن يرد المبيع عليك فان حضرت والا

امتناع عن العقد لا الزام منه ولا ما قبل الطلاق يلزم العدة على المرأة وان لم تعلم لانه لا ضرر في العدة أو يكونه بإيجاب الشرع نصادون الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الاجارة وهو غير مرضي به من جانب الآخر فلا يلزمه إلا بعلمه (قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه) يشير الى ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كفى هي الكناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به ما استتبره المراد

(قوله لان ذلك الى قوله من الالتزام الخ) أقول العتق اثبات القوة الحكيمة على ما بين لانه اسقاط والاظهار أن يقال ليس فيه ضرر (قوله لان النكاح من عوالى النعم الخ) أقول فيه بحث (قوله أو لانه غير زائد على موجب التخيير) أقول وكذلك الفسخ في مسئلتنا فالاولى أن يقال أو لانه مرضي به ولو لم أقدم على الإيجاب (قوله أو هو مرضي به ولو لم أقدم على الإيجاب بالاقدام على سببه) أقول سببه الاعتقال النكاح

نقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا عذر وفي رواية لا يجيبه الى الاعذار أيضا وقيل لمحمد يعني على  
 هذه الرواية كيف يصنع المشتري قال يذبح للمشتري أن يستوثق فياخذ منه وكلا ثقة اذا خاف الغيبة  
 حتى اذا غاب يرد على الوكيل وطريق نقض القاضي على احدي الروايتين أنه اذا قال الخصم اني  
 أعذرت اليه وأشهدت فتواري فيقول القاضي اشهدوا انه زعم أنه أعذرت الى صاحبه في المدة كل يوم  
 واخفى فان كان الامر كما زعم فقد أبطلت عليه الخيار فان ظهر وأنكر فعلى المدعي البينة بالخيار  
 والاعذار وهذا لا يمكن من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال  
 غيبته للحكم بها عليه واذا عرف هذا فالمسائل الموردة نقضها سلمة لانها على وفق ما ترجح من قول أبي  
 يوسف لكننا توردها بناء على تسليم غم الدليل فمن ان الخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها وبلا علم  
 حكم ذلك وأجيب بأن لزوم حكم الطلاق على الزوج بايجابه نفسه وهو تخيير وهو بعد الرضا والعلم وهو  
 مدفوع بأن اثبات خيار الفسخ بمنزلة اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجوز حال غيبته  
 فكذلك الفسخ بايجابه فيجوز حال غيبته ومنها الرجعة ينقضي الزوج وبلا علم حكمها المرأة حتى لو تزوجت  
 بعد ثلاث حيض فسخ اذا أثبت الرجعة قبلها أجيب بأن الزوج لا يلزمها حكما جديدا لان الطلاق الرجعي  
 لا يرفع النكاح وانما ثبت البينة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان عليها أن تستكشف  
 شرط تصرفها هل هو موجود أولا ومنها الطلاق والعناق والعقود القصاص فان حكمها يلزم غيره  
 بلا علمه وأجيب بأنها اسقاطات لا يلزم بها شيء من أسقط عنه فلا يتوقف على علمه ومنها خيار المعتقة  
 يصح اختيارها للفرقة بلا علم زوجها أجيب لارواية فيها وعلى تقدير التسليم فالخيار أثبتته لها الشرع  
 مطلقا وله الولاية عليهم ولا يخفى أن هذا من فساد الوضع فان كون الشرع أثبت حكم التصرف على  
 الآخر بغير علمه في خيار الخيرة يقتضي أن الشرع لا يتوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه  
 في حقه فان قلت فما الضرر الذي يلزمه أولا حتى يحتاج الى جوابه قلنا امتناعه عن تزوج أمة بناء على  
 قيام نكاح التي اعتقت ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين أجيب بأن عقدهما  
 لا وجود له في حق المالك اذا لا ولاية له سماع عليه فاذا رد فقد بقي عدم شرط الثبوت فاعتدتم أصلا في حقه  
 فانه يقع الانعقاد حكما ومنها العدة فانها تلزم على المرأة بتطليق الزوج وان كان بغير علمها أجيب بأن  
 العدة لا تجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تجب عليه العدة الا ترى أنها لا تجب بالطلاق  
 قبل الدخول بل الطلاق تصرف في حق نفسه بازالة ملك أقدرة الله تعالى عليه فانما تلزم في ضمن الطلاق  
 والعبرة للتمتعين لا للتمتعين وأما هنا فليس جواز الفسخ له بتسلط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه  
 (فروع) اشتريا غلاما على أنهم باختيار فرضى أحدهما لاراد لا آخر عنده وقال له رد نصيبه ولو كان  
 الخيار للعاقدين فقال البائع بحضور المشتري أجرته ثم قال المشتري فسخته بحضوره انفسخ فان  
 هلك في يد المشتري سقط الثمن ولو بدأ المشتري بالفسخ ثم البائع بالاجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته  
 ولو تفاخا العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد يبطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى وفي الفتاوى  
 باع أرضا على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام وتقايبا ثم نقض البائع البيع ببق الأرض مضمونة على  
 المشتري ولمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه الى البائع فان أذن البائع بعد ذلك للمشتري  
 في زراعتها فزرعها تصير أمانة عند المشتري وكان للبائع أن يأخذها متى شاء قبل أن يرد الثمن وليس للمشتري  
 حبسها لانه لما زرعها باذن البائع صار كائنه سلمها الى البائع ولو مرض العبد والخيار للمشتري فبقي البائع  
 فقال له نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فان مضت المدة والعبد مريض لم  
 المشتري وان صح فيها فلم يرد حتى مضت كان له أن يرد على البائع بذلك الرد الذي كان منه ومن باع على  
 أنه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم أو عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويعضى البيع جاز وطالب له

قال (واذا مات من له الخيار بطل خياره) اذا مات من له الخيار سواء كان البائع أو المشتري أو غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فإنه باق بالاجماع وقال الشافعي رحمه الله اذا مات من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجوز فيه الارث كخيار العيب وكخيار تعيين المبيع بأن اشترى أحد الثوبين على انه بالخيار يأخذ أيهما شاء ولنا ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الامشئة وارادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الايمان الى الوارث وهذا معقول لامعارض له من المنقول فيكون معولاً به لا يقال قال عليه الصلاة والسلام من ترك ما لاً أو حقاً لم يرثه والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر والخيار ليس كذلك قيل المالكية صفة تنتقل من المورث اليه في الايمان فهل يكون الخيار كذلك وأجيب بأن المنتقل هو العين ونقل الملكية ضمنى قيل فليكن خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمناً وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكما من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فإنه يستلزم ملكية مالك وفيه نظرفان الكلام (١٣٥) في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقة

والخيار يلزمه والصواب أن يقال الغرض الاصيل من نقل الايمان ملكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصيل انتقال ما ليس كذلك فان قيل القصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك أجيب بأنه ثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سميان الا ان المورث متقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت للمورث أعنى التشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقده ولا شرط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث

قال (واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته) وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجوز فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الامشئة وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليماً فكذلك الوارث فأما نفس الخيار لا يورث وأما خيار التعيين ثبت للوارث ابتداء لا خسلاً ملكه بلك الغير لان يورث الخيار اذا حصله زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على أن يسقط الخيار ويحيط عنه من الثمن كذا أو يعطيه هذا العرض جاز لانه زيادة في المبيع أو حط من الثمن ولو أمره ببيع عبده على أن يشترط الخيار له ثلاثة أيام فباعه مطلقاً لم يجز ولو أمره بمطابقا فباعه بشرط الخيار لاداً مرأولاً جنبى صبح ولو واكله بالشراعتو كمال صححنا فهو على ما ذكرنا من التفصيل الا أن العقد متى لم ينفذ على الأمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجز نفذاً نفذ على العاقد (قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره) بائعاً كان أو مشترياً (ولم ينتقل الى ورثته) واذا بطل خياره يلزم البيع فان كان الخيار للبائع دخل عن المبيع في ملك ورثته وان كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبائع الثمن في الركة ان لم يكن قبضه وقيد عن له الخيار لانه اذا مات العاقد الذي لا خيار له فلا خر على خياره بالاجماع فان أمضى مضى وان فسخ انفسخ (وقال الشافعي يورث عنه) وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة (لانه) أى الخيار (حق) للانسان (لازم) حتى إن صاحبه لا يملك ابطاله (فيجوز فيه الارث كخيار العيب والتعيين) فانهم ما يورثون بالاتفاق (ولنا أن الخيار ليس الامشئة وارادة فلا يتصور انتقاله) لانه وصف شخصى لا يمكن فيه ذلك (والارث فيما) يمكن (فيه الانتقال) وهو الايمان ولفظ مشئة منصوب على انه خبر ليس وما في الشروح من أنه بدل من الخبر وتقديره أن الخيار ليس شيئاً الامشئة مبنى على قول ضعيف في العربية من أن يقدر المفعول غير مفرغ العامل له ويجعل ما بعد الابدله والمختار أن المفرغ له هو المفعول في مقام الازيد زيد فاعل بخلاف ما قاسوا عليه من خيار العيب

كذلك لا بطريق النقل فلا يفهمه ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتقاله ولو اتهم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد أو في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع (قوله بخلاف خيار العيب) جواب عما قاس عليه وتقديره لانسلم انه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليماً فكذلك الوارث فكان ذلك نقلاً في الايمان دون الخيار وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البايع بالتسليم ويجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو موجهول فثبت له خيار التعيين ولكن اختلفت ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار ألا ترى ان المورث كان له أن يفسخ قوله وكان خياره موقتماً والوارث ليس له الفسخ وليس خياره موقت

قال (ومن اشترى شيئا بشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز الخيار وأيهما تنقض انتقض) وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري

لأن الأرض فيه للعين ومن جلته الجزء المستحق فإذا دخل في ملكه تمام الأجزاء وبعضها محتبس عند إنسان كأن يختار أن يترك حقه أو يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير أن طلبه لا يمكن شرعا إلا برد الكل وأما خيار التعيين فجعله أصلا آخر للشافعي لا يصح على أصله لأنه لا يجوز خيار التعيين فكأنه ذكره الزام الناجب عنه كذا أن الموروث هو أحد العينين المخير في تعيينه فينتقل إلى الوارث ذلك ولازمه اختلاط المالكين فصار كما إذا ورث ما لا مشتر كالثبوت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والإفراز وهو معنى الخيار فجاء الخيار لازما للعين المورثة في الموضوعين ضمننا لا قصد أعلى وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لأن البيع ليس ملزوما للخيار لينتقل إلى الوارث بما فيه على أنه لا يتصور فيما إذا كان الخيار للمشتري فإنه لم يدخل المبيع في ملكه عند أبي حنيفة فلا يورث وجهه قوى على ما تقدم ويقال على أصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف أن أردت حقيقة فسد لم يكن مرادنا بالانتقال أن يثبت للوارث شرعا ملك خلف ملك الميت أو استحقاقه لأعين ذلك الملك والاستحقاق المقيد بالاضافة إلى الميت لأن ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال ليس الآن يقال ثبوت ذلك شرعا في أملاك الأعيان معلوم متفق عليه وأما ثبوته عن الشرع في غيرهما من الحقوق يتوقف على الدليل السهمي ولم يوجد ونفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي فإن قالوا بطل قد وجد وهو ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من ترك ما لا أوحق فلو رثته ومن ترك كلاً أو عيالا فإلى قلنا الثابت قوله ما لا في الصحيح وأما الزيادة الأخرى فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتم به الدليل وأما الجواب بأن الملك انما ينتقل في ضمن انتقال العين فيبعد أنه في غاية الضعف اذ لا معنى ليكون الأرض انتقالا لنفس ذات العين والمالك يتبعها بقليل تأمل فإن حقيقة انتقالها إنما هي في المكان فإلى أن المراد انتقال ملكها ليس غير ثم ينأى المراد بقولهم انتقل ملكها بما ينفي كل ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة في بعض الشروح هذا ويلزمه على تقدير ثبوته أن يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضى النظر أن يتفرع عدم انتقال الخيار إلى الورثة على قول أبي حنيفة أما على قولهما فينبغي أن يورث فإنهم ما يثبتان الملك للمشتري بالخيار في العين فينتقل إلى الورثة عين مملوكة له فيم خيار أن يفسخ كما في خيار العيب بعينه وفي خيار البائع ينتقل الثمن مملو كالمهم (قوله ومن اشترى شيئا بشرط الخيار لغيره) يعني لغير الذي ليس هو عاقد أو لغيره يصدق على البائع (فأيهما أجاز) من الشارط العاقد والمشرط له الذي هو غيره (جاز وأيهما تنقض) البيع (انتقض) فلفظ من مبتدأ والجملة الشرطية وهي أيهما أجاز خبره وإذا تضمن المبتدأ معنى الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي يأتي في درهم (وأصل هذا) أي جواز اشتراطه لغير العاقد (أن جوازه استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر) وقول الشافعي وبقولنا قال مالك وأحمد وهو الأصح من مذهب الشافعي الآن في ثبوته للعاقد مع ذلك الغير وجهين في وجه يثبت لهما وفي وجه يثبت للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه يفسد البيع وفي وجه يصح البيع وبطل الشرط وجه (قول زفر أن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري) واشتراط ملك المبيع لغير المشتري واشتراط تسليم الثمن أو المبيع على غير العاقدين ولأن هذا تعليق لنفسه البيع وانبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيار الرؤية والعيب وجه الاستحسان أن الحاجة قد تنس إلى اشتراطه للغير لأن شرعيته لاستقلال الرأي

قال (ومن اشترى بشرط الخيار لغيره) تقرير كلامه (ومن اشترى بشرط الخيار لغيره) جاز حذفه لدلالة قوله فأيهما أجاز جاز يعني من المشتري وذلك الغير على المحذوف واشتراط الخيار للغير لا يجوز وفي القياس وهو قول زفر لأن الخيار إذا شرط في العقد صار حقا من حقوقه واجبا من واجباته بمقتضى الشرط المستوعب شرعا وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري واشتراط تسليمه على غيره أو اشتراط الملك لغيره لكن العلماء الثلاثة استحسنوا جوازه لأن الحاجة قد تدعو إلى اشتراط الخيار للأجنبي لكونه أعرف بالمبيع أو بالعقد فصار كالاحتياج إلى نفس الخيار

(قوله حذفه لدلالة قوله الخ) أقول يجوز أن يكون قوله فأيهما أجاز جاز خبرا بالتأويل المشهور في وقوع الانشاء خبرا وهو تقرر بالقول قال المصنف (لأن الخيار من مواجب العقد) أقول فيه بحث (قوله واجبا من واجباته) أقول فيه بحث والظاهر أن يحمل الكلام على التشبيه والمبالغة فيه أي كبعض مواجب العقد

وطريق ذلك أن يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اصاله فيجعل كأنه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائباً عنه في التصرف تصحجه بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين أحدهما أن شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضى ألا ترى أن من قال لعبد له خنث في عينه كفر عن عينك بالمال لا يكون ذلك تحريراً لاقضاء لان التحرير أقوى من تصرف التكفير لكونه أصلاً فلا يثبت تبعاً لفرعه ولا حقه أن العاقد أعلی مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء والثاني أن اشتراط الخيار للغير ولو جاز اقتضاء تصحجه لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أولاً ثم على الغير كفالة عنه كذلك وأوجب عن الأول بأن الاعتبار للقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الأصل نظر إلى الخيار والعاقد أصل من حيث التملك لأن من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الأصل بتبعيه فرعه وأما التحرير فانه الأصل في (١٣٧) وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعاً لفرعه

وعن الثاني بأن الدين لا يجب على التكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى التصحيح المقتضى ولو صححت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلاً للمقتضى وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين فالجواب أن المشتري أصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز أن يكون تابعاً لفرعه وهو الحال عليه (وإذا ثبت الخيار لكل واحد منهم فأيهما أجاز وأيهما نقض انتقض) ولو اختلف فعلهما في الاجازة والنقض اعتبر السابق لعدم ما يراه (ولو خرج الكلامان معاً اختلفت الرواية) ففي رواية بيوع المسوط (يعتبر تصرف العاقد) فسخاً كان أو اجازة

ولنا أن الخيار للغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحجه التصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض (ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق) لوجوده في زمان لا يراه فيه غيره ولو خرج الكلامان معاً ما يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه

وقد يكون الانسان يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير غير واثق به في ذلك بل بغيره عن يده لم حرمه وجوده رأيه ومعرفة نفسه بالقيم وأحوال البياعات بشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحجه وأجنبيته عن العقد لا تمنع إن سلمنا صحة مانعته لو أجزأه أصلاً مستقلاً لئلا نكلم نعتبره الاتباع ثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصحجه التصرفه فيثبت لهما واستشكل باستلزامه ثبوت ما هو الأصل بطريق الاقتضاء والثابت به انما هو يكون تبعاً قلنا الملازمة ممنوعة لان المراد التبعية والاصالة بالنسبة الى ما هو المقصود أولاً وبالذات لا بالنسبة الى الوجود فالمقصود بالذات في قوله أعتق عبداً عني بألف انما هو العتق فكان التملك مقصوداً للغير تبعاً لقصده ليصح العتق عنه وان كان أصلاً بالنسبة الى الوجود فكذلك انما المقصود أولاً وبالذات ليس الا لاجنبي لانه هو الذي يحصل به مقصود العاقد بالقرض فكان ثبوته للعاقد تبعاً للمقصود ليصح المقصود به فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعا على ما هو الأصل في الاقتضاء وهذا هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا حاجة في جوابه الى تكلف زائد فان قيل فلم يجوز اشتراط الثمن على الاجنبي وتثبت كفالته اقتضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء أوجب بأن الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين على التكفيل فلو ثبتت الكفالة اقتضاء لاشتراطه على الاجنبي أبطلت المقتضى وهو اشتراطه فانه انما يعني به ثبوته على المشتري عليه على ما هو ثابت على العاقد نعم لو كفه كفالة صريحة بالثمن الدين صح (وعند ذلك) أي صيرورة الخيار لهما (يكون لكل منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض) البيع (انتقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يراه فيه غيره ولو خرج الكلامان معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية) كتاب البيوع نقض أو أجاز (والتصرف) الذي هو (الفسخ في أخرى) هي رواية كتاب المأذون سواء كان من العاقد أو وكيله الاجنبي (وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه)

(و) في رواية مادون المسوط يعتبر (تصرف الفسخ) سواء كان من العاقد أو من غيره (وجه) القول (الأول أن تصرف العاقد أقوى) والأقوى يقدم على غيره وفقه ذلك أن تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المنوب وأما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل عا اذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معافان الوانغ طلاق أحدهما لا يعينه وأوجب بأن الترجيح يحتاج

(قوله تصحجه بقدر الامكان) أقول وهذا وجه ثبوت اقتضاء (قوله والثاني أن اشتراط الخيار للغير ولو جاز اقتضاء تصحجه لجاز اشتراط الخ) أقول في ظاهر عبارته تناقض يساهمه جعل الخيار نائباً للعاقد في اقتضاء ثم جعل اشتراط الخيار للغير اقتضاء ودفع التناقض ان النيابة تثبت اقتضاء وان كان شرط الخيار يثبت بصريح اللفظ للغير وأما اشتراط الخيار للعاقد فيثبت اقتضاء لانه لم يثبت صريحاً فتأمل ذلك (قوله فالجواب ان المشتري أصل الخ) أقول فيه بحث لا أنه لم يجوز أن يقال هنا أيضاً الاعتبار للقاصد والغير هو مقصود البائع عطالته الثمن وجوابه ان الثمن على المشتري بحسب وضع الشرع

اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازة وأما إذا انحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه و (وجه) القول (الثاني) ان الفسخ أولى لان  
 المجاز يلحقه الفسخ كالأجاز والمبيع هلك عند البائع (والمفسوخ لا يلحقه الاجازة) فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا يلحقه  
 الاجازة ولا خفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك ونوقض بما إذا لاقي من له الخيار غيره فتناقصا المبيع ثم هلك المبيع عند  
 المشتري قبل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان ذلك فسخا للفسخ وهو  
 اجازة للمفسوخ وأجيب بأن الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكر ثم فسخ لا اجازة (وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي  
 يوسف) في المبسوط وقيل والثاني أصح ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل  
 منهما أصلا في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والاجنبى من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث التصرف فربحنا من  
 حيث حال التصرف لا يقال الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تلك العقد عارضته في  
 ذلك (قوله واستخرج ذلك) (١٢٨) يعني ان المنسوب اليهما ليس بمقتول عنهما (و) انما (استخرج) عما اذا باع الوكيل من أحد والموكل من

وجه الثاني ان الفسخ أقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد  
 منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج  
 ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فحدهما يعتبر به فيه تصرف الموكل وأبو يوسف  
 يعتبرهما قال (ومن باع عبدين بألف درهم على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبائع فاسد وان  
 باع كل واحد منهما بمائة على انه بالخيار في أحدهما ما يعينه جازا البيع) والمسئلة على أربعة أوجه  
 أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب

والتصرف الصادر عن امالة أقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما اذا وكر رجلا آخر بطلاق  
 امرأته فطلقاتها معا فالواقع طلاق أحدهما لا طلاق الموكل عينا ولو كان المرحج الاصيل تعين طلاقه  
 أجيب بأن الوكيل في الطلاق سفير كالموكل في النكاح فكانت عبارته عبارته فالصادر من كل منهما ما  
 عين الصادر من الآخر (وجه الثاني أن) لا ترجح بكونه أصيلا أو وكيلان الوكيل بعد ما استفاد  
 الولاية على الفعل كان مثله فاستمروا ثم يترجح بنفس التصرف (الفسخ أقوى) لانه يلحق المجاز فيبطله  
 والاجازة لا تلحق المفسوخ فتبرمه قال شمس الأئمة الصحيح ما ذكر في المأذون ثم قالوا (الاول قول محمد  
 والثاني قول أبي يوسف واستخرج) هذا الترجيح من مسئلة اختلافها هي ما اذا وكر غيره يبيع عبده  
 فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر فحدهما جعل البيع من باع منه الموكل ترجحا التصرف للاصالة  
 (وأبو يوسف يفتي برهما) على السواء فيجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما بالتفرق الصفقة  
 وعيب الشركة وقيل عند محمد يصح في النصف وينفخ في النصف أي فيما اذا شرط الخيار لغيره لكن  
 يتخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه (قوله) ومن باع عبدين بألف على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام  
 فالبائع فاسد الخ والمسئلة على أربعة أوجه (في ثلاثة أيام فاسد وفي واحدة صحيح) (أحدها  
 أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار) وهي المذكورة في الجامع الصغير ويمكن أن يكون هو  
 المراد بالكتاب في قوله (وهو الوجه الاول) المذكور (في الكتاب) والظاهر أنه يريد به البداية لان الهداية

غيره معا فمحمد يعتبر فيه  
 تصرف الموكل وأبو يوسف  
 يعتبر تصرفهما) ويجعل  
 العبد مشتركا بينهما بالتصف  
 ويخير كل واحد من  
 الشريكين ان شاء أخذ  
 النصف بنصف الثمن وان  
 شاء نقض البيع ووجه  
 الاستخراج ان تصرف الفاسخ  
 أقوى عند أبي يوسف من  
 هذه المسئلة أنه لم يرجح  
 تصرف المالك كارجحه  
 محمد فلما لم يرجح تصرف  
 المالك ظهر أثر ذلك في مسئلة  
 بيع الموكل والوكيل يكون  
 العبد بين المشتريين بالتصف  
 فلما لم يثبت الرجحان هناك  
 لتصرف المالك للمالكية  
 والرجحان ثابت هنا لتصرف  
 الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه  
 وارد على الاجازة لا على  
 العكس رجحنا بحال التصرف  
 وهو تصرف الفسخ لانه

لامعارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فله المناهية كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح شرحها  
 فيه لان عدم رجحان تصرف المالك للمالكية هناك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة  
 لا على وجه الاستخراج ولعل الاوضح في وجه ذلك أن يقال الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنبى من العاقد ههنا في كون كل واحد  
 منهما ما يستفيد الولاية من غيره فيتبرجج تصرف العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من أبي يوسف  
 واعتباره ما يدل على انه لا ينظر الى أحوال المتصرفين انساوهم ما فيه فبقى النظر في حال التصرف نفسه والفسخ أقوى لما ذكرنا  
 قال (ومن باع عبدين بألف) هذه المسئلة على أربعة أوجه لان فيها تفصيل الثمن وتعيين من فيه الخيار فاما أن لا يحصل لأحدهما  
 أو حصل التفصيل دون التعيين أو العكس من ذلك فان كان الاول بأن باع عبدين بألف درهم على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام  
 (قوله لان عدم رجحان تصرف المالك) أقول حاصله انه لا يدخل لعدم ثبوت الرجحان هناك لتصرف المالك في ترتب قوله رجحناه وكلمة  
 لما تدل على الترتيب (قوله لان فيها تفصيل الثمن الخ) أقول والسلب فرع تصور الإيجاب

فسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالة أحدهما مفسدة فجها لهما ما أرى وذلك لأن الذي فيه الخيار كالتأجيل عن العقد إذا انعقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد أحدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فتمنه مثله وإن كان الثاني وهو أن يبيع كل واحد منهما بمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جازا للبيع لأن كل واحد من المبيع والثمن معلوم فإن قيل العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهو شرط مقصد كقبول الخرق عقد القن إذا جاع بينهما في البيع أجاب المصنف بأن ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محل البيع فكان داخل في العقد وإن لم يدخل في الحكم فصار كما إذا جاع بين قن ومدير في البيع فإن المدير محل البيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسداً (١٣٩) للعقد في الآخر بخلاف ما إذا جاع

بين حرقن فإن الحراسيس  
يجعل البيع أصلاً فلم يكن  
داخلاً في العقد ولا في  
الحكم ولقائل أن يقول  
في الجملة هو شرط لا يقتضيه  
العقد فكان مفسداً  
والجواب أنه ليس فيه نفع  
لأحد العاقدين ولا للعقود  
عليه فلا يكون مفسداً وأنه  
لمنظمة فضل تأمل منك  
فاحفظ وإن كان الثالث  
مثل أن يقول بعتهما بألف  
كل واحد منهما بمائة  
على أني بالخيار في أحدهما  
فالببيع فاسداً أيضاً لجهالة  
المبيع وإن كان الرابع  
لجهالة الثمن فإن قيل لو كان  
عدم التفصيل مفسداً  
للعقد في الآخر ففسد في  
القن إذا جاع بينهما وبين  
المدير أو أم الولد ولم يفصل  
الثمن أوجب بأن عدم  
التفصيل مفسد إذا أدى  
إلى البيع بالخصصة ابتداء  
فيما إذا منع عن انعقاد  
العقد في حق الحكم مانع  
كشرط الخيار فإنه يجعل

وفساده لجهالة الثمن والمبيع لأن الذي فيه الخيار كالتأجيل عن العقد إذا انعقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانياً في الكتاب وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلاً للبيع كما إذا جاع بين قن ومدير والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل فالعقد فاسد في الوجهين إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن

شرحها (وفسادهما لجهالة المبيع والثمن) جميعاً وذلك أن الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع والبيع أغما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم غن المبيع مجهول لأن الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالأجزاء وثانيهما هو الوجه الجائر أن يعين كلاهما بأن يقول بعته كل واحد من هذين بمائة على أني بالخيار في هذا الاتقاء المفسد من جهالة أحد الأمرين فإن قيل إن اتنى مفسد لجهالة فقد يتحقق مفسد آخر وهو أنه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار وهو غير داخل في الحكم شرطاً لانعقاده في الذي ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جاع بين حر وعبد وحيث لا يجوز البيع في العبد أجاب عنه المصنف بعد الإشارة إلى السؤال بقوله (وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه) أي من فيه الخيار (محلاً للبيع) فهو (كأن جاع بين قن ومدير) وباعهما بألف حيث ينفذ البيع في القن بخصته وإن كان قبول العقد في المدير شرطاً فيه وذلك لدخول المدير في البيع لمصلحة له في الجملة ولهذا الوقضى القاضي يجوز بيعه جازاً فكان القبول شرطاً صحيحاً بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحر والعبد لأن الحر ليس بمال أصلاً فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد وفي الجمع بين القن والمدير في البيع خلاف سبب أني أن شاء الله تعالى في آخر البيع الفاسد وثانيها فصل ولم يعين الذي فيه الخيار كأن يقول البائع بعته كل واحد من هذين بمائة على أني بالخيار في أحدهما ففساده لجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ورابعهما أن يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن وهو أن يقول بعته هذين بألف على أني بالخيار في هذا الفساد في جهالة الثمن لأن المبيع وإن كان معلوماً بعين من فيه الخيار إلا أن غنمه مجهول لما قلنا أن الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية فإن قلت ما الفرق بين الذي لم يعين فيه الثمن وبين ما إذا جاع بين عسدين في البيع بثن واحد فإذا أحدهما مدير أو كاتب أو جار بثنين فإذا أحدهما أم ولد حيث يصح البيع في القن بخصته من جهة الثمن مع أن ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا يصح في المسئلة المذكورة في الكتاب بالخصصة أوجب بأن

(١٧ - فتح القدير خامس)

العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم فلا انعقد في حق الآخر انعقد بالخصصة ابتداء وهي مجهولة وليس فيما إذا جاع بين القن والمدير ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم ولهذا الوقضى القاضي يجوز أن ينفذ فكان قسمة الثمن في البقاء صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدير وأم الولد لا ابتداء بالخصصة

(قوله فكان الداخل في العقد) أقول أي خلاص الحكم (قوله وأنه لمنظمة فضل تأمل منك فاحفظ) أقول وجه التأمل أن شرط الخيار فيه نفع لمن له الخيار حيث يترقى في الجواب أن شرط الخيار لما كان مجزواً وسرعاً على خلاف القياس غير مفسد للعقد لم يسر منه فساد إلى الآخر تأمل

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أي ماشاء) ومن قال اشترت أحد هذين الثوبين على أن لي أن أخذ أي ماشئت بعشرة دراهم إلى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا وكذا الأتوب الثلاثة وأما إذا كانت الأتوب أربعة فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في الاثنين والثلاثة فسادا في الأربعة لان المبيع أحد الأتوب غير معين فهو مجهول جهالة مفضية إلى النزاع فتأوتها في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر (١٣٠) والشافعي رحمه الله وجه الاستحسان أنه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أي ماشاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز وكذا الثلاثة فان كانت أربعة أتوب فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان أن شرع الخيار للعاجلة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج إلى اختيار من يشتره لا جله ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الحيد والوسط والردى فيها والجهالة لا تنفي إلى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار وكذا في الأربع الآن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين

فجاء الخيار ببيان ذلك أن شرع خيار الشرط للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأوفق له والأرفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لانه ربما يحتاج إلى اختيار من يشتره لا جله كما هو أنه وبنته (والبائع لا يمكنه من الحمل إليه إلا بالبيع) فكان باعتبار الحاجة (في معنى ما ورد به الشرع) ولا نسلم أن (الجهالة تنفي إلى المنازعة) لانه لما اشترط الخيار لنفسه استبعد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تنفي إلى المنازعة فأما عدم المنازعة فانه ثبت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الأتوب ثلاثة أو أكثر وأما الحاجة فانما تحقق في الثلاثة لوجود الحيد والوسط والردى فيه والزائد يقع مكررا غير محتاج إليه فانتفى عنه جزء (قوله بعشرة دراهم إلى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا) أقول فيه أنه ينبغي أن يزيد قوله ولي الخيار كما فعله المصنف فان المفهوم من

من مشيختنا من لم يشترط بالفرق وقال قياس ما ذكرهنا أن لا يجوز العقد في تلك المسائل في الفن وبصير ما ذكرهنا رواية في تلك المسائل ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو أن المانع من حكم العقد هنا مقترن بالعقد لفظا ومعنى فأثر الفساد لان شرط الخيار يمنع الانعقاد في المشروط فيه فيكون كالمعذور فلم ينعقد فيه ابتداء فينعقد في الآخر بالحصة ابتداء في تلك المسائل فان المانع مقترن فيها معنى لا لفظا فيدخل المبدبر ومن معه في البيع لما ذكرنا من محلهم في الجملة ثم يخرجون بناء على استحقة أقسامهم أنفسهم حكما شرعا لم يتصل به حكم فاض يسهل على ما ذكرهنا يتفرع ما في فتاوى قاضي خان باع عبد بن علي أنه بالخيار فيه ما وقبضه ما المشتري ثم مات أحداهما لا يجوز البيع في الباقي وإن تراضيا على إجازته لان الإجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصة ولو قال البائع في هذه المسئلة تنقض البيع في هذا أو في أحدهما كان لغوا كأنه لم يتكلم وخياره فيه ما باق كما كان كالموابع عبد واحد أو شرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نفسه (قوله ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ الخ) المراد أن يشترى أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أي ماشاء وهذا خيار التعيين يعني أي الثوبين أو الثلاثة شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيما يعينه بعد تعيينه للبيع أما إذا قال بعثك عبد من هذين بمائة ولم يذ كر قوله على أنك بالخيار في أي ماشئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعثك عبد من عبيدي وإن اشترى أحد أربعة لا يجوز (والقياس أن يفسد البيع في الكل) في أحد الاثنين والثلاثة كما يفسد في الأربعة (وهو) أي القياس (قول زفر والشافعي رحمه الله وجه الاستحسان أن شرع الخيار في خيار الشرط للعاجلة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لان الإنسان) قد (يحتاج إلى رأي غيره) في اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحيث يحضر لعلوه واتجهبها خصوصا إذا كانت أهله لا ينبغي له أن يتركها تلج الأسواق وتعارض الرجال لشراء حاجته فيحتاج أن يدفع إليه العدم من ذلك النوع ليختار الأوفق (ولا يمكنه البائع من حمله إليه إلا ميسعا فكان في معنى ما ورد به النص) فيجوز (غير أن الحاجة تندفع بالثلاث لتحقق الحيد والردى والوسط فيها) فيندفع بحمل واحد من كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة في الزائد لأن شرع الرخصة للحاجة وقول المصنف (والجهالة لا تنفي إلى المنازعة) جواب عن تعليل زفر والشافعي

كلامه توقيت خيار التعيين إلا أنه غير إلى هذا الإشارة إلى وجوب توقيت خيار التعيين إذا تفرع عن خيار الشرط كما سيجيء بها (قوله فهو مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة) أقول لو كان منع الجهالة لافضاء إلى المنازعة فقط لم يحتج جواز البيع في الأربعة إلى مريض أذ ليس فيه هذه الجهالة فالأولى أن لا يقيدها الجهالة به كما فعله المصنف وغيره (قوله أو اختيار من يشتره لا جله كما هو أنه وبنته والبائع لا يمكنه من الحمل إليه) أقول ضمير إليه راجع إلى من في قوله من يشتره

العله والحكم لا يثبت الاتمام علته واعلم أن محمد رجه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة أيام  
 وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال أكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقام معلوما  
 ثلاثة أيام فادونها عند أبي حنيفة وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم  
 يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكر كان اتفاقا لا قصد وهو اختيار غير الاسلام حجة الاول ان جوازها بطريق الاتفاق عوض السنة فلا  
 يصح بدونه وفيه نظر لان عدم انعكاس الحق عن المحق به ليس بشرط في الاتفاق كما أن القضاء والكفارة يحتاجان الى الاكل والشرب  
 عامدا في رمضان من جماع مع ان النص انما ورد به وحجة الآخرين ان خيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة  
 ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيت على الايام الثلاثة وأما اذا كان من غير ذكر خيار  
 الشرط فلا بد منه وهذا لان الحال لا يتحول ما أن يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين (١٣١) أولا فان لم يذكر فلا بد من توقيت

وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا  
 الاعتبار وفاقا لشرط اذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده ومدة معلومة  
 أيها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح  
 لان المبيع في الحقيقة أحدهما والاخر أمانة والاول يجوز واستعارة

بها واذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الارفق والا وفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو  
 غائبا يظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لان البائع لا حاجة له الى اختيار الا وفق  
 والارفق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو أدى بما لا يملكه منه فيرد جانب البائع الى القياس فلهذا  
 نص في المجرى على أنه لا يجوز في جانب البائع وذكر الكرخي أنه يجوز استحسانا لانه يبيع يجوز مع خيار  
 المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط وانت عرفت الفرق ثم اختلف المشايخ في أنه هل  
 من شرط جواز هذا البيع أعني البيع الذي فيه خيار التعيين أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في  
 الصورة قيل نعم كما (هو المذكور في الجامع الصغير) تصويرا على ما ذكرناه ونسبه قاضخان الى أكثر  
 المشايخ وقال شمس الأئمة في جامع هو الصحيح (وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير) وغيره  
 والمذكور في الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لا قيدا وصححه غير الاسلام فقال الصحيح عندنا أنه ليس  
 بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول الكرخي أن القياس يأبي جواز هذا العقد لجهالة  
 المبيع وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف  
 هذا الكلام فانه يقتضي أن شرط الاتفاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة الملهمة الصورة الثابتة  
 بالعبارة وكان يلزم أن لا يصح البيع بخيار التقدير الا في بيع فيه خيار الشرط لأن صحة البيع على أنه ان  
 لم يتقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا يصح مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير أنهم ان  
 تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه وهو جواز أن يرد كلاما من الثوبين الى ثلاثة أيام ولو  
 بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع لان حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار أنه عين المبيع  
 الذي فيه الخيار لانه يسقط خياره ولوردا أحدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع في الآخر بشرط

خيار التعيين بالثلاثة عند  
 أبي حنيفة رحمه الله ومدة  
 معلومة أي مدة كانت  
 عندهما كما في المحق به  
 فان قيل ينبغي أن لا يجوز  
 خيار التعيين في الزائد على  
 الثلاثة عند أبي يوسف  
 لانه أخذ بالقياس في قوله  
 ان لم يتقد الثمن الى أربعة  
 أيام فلا يصح بينهما أوجب  
 بأن قوله ان لم يتقد الثمن الى  
 أربعة أيام تعليل فلا يلحق  
 بخيار الشرط فلا يكون  
 الاثر الوارد في خيار الشرط  
 واردا فيه بخلاف خيار  
 التعيين فانه من جنس  
 خيار الشرط لان في كل  
 منهما خيارا بغير حرف  
 التعليق فكان الاثر الوارد  
 في خيار الشرط واردا فيه  
 (قوله وان لم يذكر الزيادة)  
 أقول يعني قوله ولي الخيار  
 الى ثلاثة أيام قال المصنف

(وهو المذكور في الجامع الصغير) أقول لا يجوز أن يكون المذكور في الجامع الصغير هو الخيار المعهود لا خيار التعيين (قوله وفيه نظر  
 الخ) أقول ولأن تقول مراد الاولين من اشتراط الخيار لنفسه وقام معلوما اشتراط خيار التعيين لا خيار الشرط على ما قرره العلامة  
 الزيلعي في شرح الكثرة فلا يرد النظر اذ يعود الضمير على هذا الى خيار التعيين (قوله وحجة الآخرين الى قوله ومعناه أن العقد الخ) أقول  
 كما لو ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاط كذا في الذخيرة والمحيط البرهاني وهذا هو الوجه وأما ما ذكره الشارح فخلطه بين فان التوقيت  
 المذكور فيما اجتمع فيه الخياران توقيت لهما ولهذا استدلت على وجوب التوقيت في خيار التعيين بعبارة محمد في الجامع الصغير على  
 ما فصل في المحيط والذخيرة فيجوز على التعيين بعدم مضي الايام الثلاثة وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما اذا لم يذكر خيار الشرط معه  
 ووقت ومضت مدته بغير فرق فتأمل ثم أقول لم يحصل كلام الشارح أنه يبقى خيار التعيين بعد انقضاء مدة خيار الشرط اذا كان مجامعاه  
 على ما كان قبله اذا لم يعين المشتري أحدهما فظهر أنه ينفك عن خيار الشرط فليتأمل (قال المصنف والاول يجوز واستعارة) أقول ويجوز

(ولو هلك أحدهما أو تعيب لم يلزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة) حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء وهذا لأن المعيب ممتنع (١٣٣) الراد لأن رد ما يكون إذا لم يتعين مبيعاً وهو في دعواه ذلك منهم فكان التعيب

ولو هلك أحدهما أو تعيب لم يلزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لا منافع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعاً ما يلزمه نصف عن كل واحد منهما الشروع بالبيع والأمانة فيهما

الخيار ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع في أحدهما وعليه أن يتعين ولو مات المشتري قبل الثلاثة ثم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين لأن خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل إلى الوارث لتمييز ملكه من ملك غيره على ما ذكرنا ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كذا كره المصنف لأنه صار بمنزلة الشرط المختلط ماله بماله غيره فمال يطلب شريكاً القسمة لم يتعين عليه ولا يفوت وقته وإن لم يراض على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة كفاي خيار الشرط لأنه أصله وعندهما أي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة وعلى هذا يجب أنه إذا كان فيه خيار الشرط قضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يقيسد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت وحينئذ فإطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط موقت بالثلاث في قوله غير موقت بهما عندهما وخيار التمييز غير موقت فيه تطرؤ وقد طولب بالفرق على قول أبي يوسف حيث قصر المدة على الثلاث في خيار النقد أخذاً بالقياس ولم يقصر في خيار التعيين عليهما أوجب بأن في خيار النقد تعلية قاصر بما أداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط وورد فيه بخلاف خيار التعيين ليس في صريح التعليق فكان في معناه وهذا يوجب أن أخذه في خيار النقد في الثلاثة بأثر لابن عمر فيه ونفي الزائد بالقياس وأثر ابن عمر نقله الفقيه أبو الليث في شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان بن موسى بن البرصاء قال بعث من عبد الله بن عمر جارية على أنه لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا يبيع ينفأ جازاً بن عمر هذا البيع ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه إلا أنه لا يطابق قول المصنف في مسألة خيار النقد فيما تقدم فأبو يوسف رحمه الله أخذ في الأصل بالأثر وفي هذا بالقياس (قوله ولو هلك أحدهما أو تعيب لم يلزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لا منافع الرد بالتعيب) علله المصنف بامتناع الرد بالتعيب فيعرف منه أن هذا إذا كان بعد أن قبضه ما لا منافع ردّه بسبب العيب الذي حدث فيه عنده وتقدم أن الهلاك لا يعرّى عن مقدمة عيب فلو هلك الآخر بعده هلك بغير شيء لأنه تعين أنه أمانة أماله هلك أحدهما قبل القبض أو تعيب فلا يطل البيع والمشتري بالخيار أن شاء أخذ الباقي بثمنه وإن شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع (ولو هلكا معاً) بعد القبض (لزمه نصف عن كل واحد منهما الشروع بالبيع والأمانة) فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر وكذا إذا هلكا على التعاقب ولم يدر السابق منهما أو أثر هذا انما يظهر إذا كانا مختلفين في الكمية فإن كانا متفقين فلا وكذا إذا هلكا على التعاقب فاختلغا في الهالك أولاً فدعى البائع أنه أكثرهما ثمناً وقال المشتري الأقل فإن القول قول المشتري مع عينه على ما استقر عليه قول أبي يوسف ومحمد وكان أبو يوسف يقول ولا يتحالفان فأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وإن حلفا بجعل كانهما هلكا معاً ثم رجع إلى ما ذكرنا من قول محمد وأيهما بين قبل فإن أقاماها قضى ببينة البائع لا بثباتها الزيادة ولو تعييا معاً بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردّهما وخيار التعيين على حاله فيمسك أي ما شاء بثمنه ويرد الآخر ولا يغرم من قيمة عيب المردود شيئاً استحساناً لأن المعيب محل لا بداء البيع أيضاً بخلاف الهالك ليس محلاً لا بداءه فليس محل لتعيينه ولو كان البيع فاسداً قبضهما فأحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر أمانة ولو ماتا جميعاً ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف البيع الصحيح فإنه يضمن نصف عن كل فان قيل من أين يتعين المعيب للبيع دون الأمانة وأحدهما لا على التعيين مبيع كما كان أحدهما لا على التعيين أمانة وامتناع الرد للعيب المعل

اختياراً دلالة فإن قيل قبض الآخر لا يكون أقل من المقبوض على سوم الشراء وهناك تجب القيمة عند الهلاك أوجب بأنه أقل من ذلك لأن المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لأنه لم يقبض الآخر ليشتريه وقد قبضه باذن المالك فكان أمانة فإن قيل كيف انعكس حكم المسئلة فيما إذا طلق الرجل إحدى امرأته أو أعتق أحد عبديه فماتت أحدهما فإن الباقية تتعين للطلاق دون الهالكة وكذلك في العتاق أوجب بأن المرأة إذا اشترفت على الهلاك خرجت عن محلبة وقسوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب إذا اشترفت عليه خرجت عن محلبة الرد لتعيينه فتعين لكونه مبيعاً ولو هلكا جميعاً معالزمه نصف عن كل واحد منهما لعدم أولوية أحدهما لكونه مبيعاً فشاع البيع والأمانة فيهما

أن يكون على حذف المضاف والقرينة القرينة (قوله فكان التعيب اختياراً دلالة) أقول فيه بحث (قوله لأنه لم يقبض الآخر ليشتريه الخ) أقول أي ليستديم اشتراءه فإن مقصوده

استدامة اشتراء أحدهما وقد تعين ذلك لأحد بالتعيب فبقي الآخر أمانة (أقول أوجب بأن المرأة إذا اشترفت على الهلاك خرجت عن محلبة وقوع الطلاق) أقول فيه تأمل فإن خروجها عن محلبة وقوع الطلاق بالأشرف على الهلاك غير مسلم به

وأما إذا ذكر خيار الشرط فثبت له خيار الشرط وخيار التعيين لا يتوقف على الأيام فله أن يرددهما بخيار الشرط في الأيام الثلاثة لانه أمين في أحدهما فبموجب الحكم الأمانة وفي الآخر مشترط بشرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده فاذا مضت الأيام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين فبموجب أحدهما وان اختار أحدهما لم يملك رده لانه عين المبيع فيه ولزمه وكان في الآخر أمينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولومات المشتري في الأيام الثلاثة بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين فله أن يرد أحدهما أما بطلان خيار الشرط فلما تقدم من أنه لا يورث وأما بقاء خيار التعيين فلا خلاط ملكه بملك الغير فان قيل هل للعموم قوله من له الخيار فائدة قلت كأنه إشارة إلى أن خيار التعيين قد يكون للبائع فان الكرخي ذكر في مختصره أنه يجوز استحسانا قالوا والله أشار محمد في المأذون لأن هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البيع قياسا على خيار (١٣٣) الشرط وذكر في المجر أنه لا يجوز لأن هذا

البيع مع خيار المشتري انما يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لانه لا حاجة له إلى اختيار الأرفق اذا لم يبيع كان منه قبل البيع فيرد جانب البائع إلى مقتضى القياس ولم يذكره محمد في بيع الوكيل ولا في الجامع الصغير وتبين عما ذكرنا أن المبيع أحد الثوبين والآخر أمانة والتركيب الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى أحد الثوبين وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف في بعضها اشترى أحد الثوبين ولا يحتاج إلى معذرة وفي بعضها ثوبين وهو محراز وأثبتنا نحرر الاسلام وقال في وجه المجاز

ولو كان فيه خيار الشرط له أن يرددهما جميعا ولومات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث وأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال (ومن اشترى دارا على أنه بالخيار)

به فرع اعتبار أنه هو المبيع وفيه التحكم اذا اعتبر أنه المبيع ليس بأولى من اعتباره الأمانة أجيب بأن اعتبار المبيع عمل بالدليل الحادث وهو البيع فانه سبب لإيجاب الضمان ذكره القاضي عبد الغني في مختلفاته وأما عدم الضمان على الأمين فباعتبار الحال فان قيل لم يضمن إلا خراذاهلك ثانيا باعتبار أنه مقبوض على سوم الشراء الجواب يمنع أنه كذلك بل المقبوض كل منه ماعلى حقيقة الشراء لأحدهما وليس هنا شيء على سوم الشراء لأن ماعلى سوم الشراء لا ينفذ فيه عقد بل تعين الثمن فقط وهنا تفجز تمام العقد فليزم بالضرر وإن قبض العينين على أن أحدهما غير عين مبيعا وأحدهما غير عين أمانة فاذا فرض وجود ما يبيع المبيع منه ما من الأسباب تعين الآخر للأمانة فان قيل لا شيء انعكس حكم طلاق إحدى الزوجتين وعقوبة أحد العبدین هنا حيث يتعين للطلاق والعناق الباقي لا الهالك وهنا يتعين الهالك للمبيع أجاب على القى بأنه لا فرق في الحاصل لأن الهالك يتعين على ملكه في المسائل كلها غير أنه اذا هلك كل من الزوجين والعبد على ملكه تعين الباقي بالضرورة للطلاق والعناق فاذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقي للأمانة وأنت تعلم أن حقيقة السؤال أنه لا شيء يجعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقي وهناك جعل المحل للتصرف الباقي دون الهالك مع أن التصرف في الكل في الاحداث الدائر بين المعينات فلا بد من الفرق وهو أن العبد هنا لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلا للرد بالوجه الذي قلناه من المخالفات فتعين العقد فيه بتعين الباقي بالضرورة وحين أشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرج عن كونها محلا للطلاق والعناق وهو التصرف بتعين الباقي لها بالضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما فانه يمنع عليه رد الآخر لأن العقد تناوله ما جعلا حتى ملك اتمام العقد فبموجبها اذا انعذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد انما يتناول أحدهما حتى لا يملك اتمام العقد فبموجب (قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر عنددهما

أن كل واحد منهما لما احتمل أن يكون مبيعا قال (اشترى ثوبين وقال غيره هو من باب اطلاق اسم الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهم الأول والثاني والمرحان أصناف الخروج إليهما وان كان يخرج من أحدهما قال (ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) رجل اشترى دارا بخيار الشرط

(قوله وأما إذا ذكر خيار الشرط) أقول معطوف على ما تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميننا وهو قوله فان لم يرد كرفلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث (قال المصنف لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط) أقول يعني لا للشرط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث الخ فقوله ولهذا ايضا لكون الباقي خيار التعيين الذي شرطه من له الخيار بل خيار ابتداء كما سبق ولهذا لا يتوقف وهذا ظاهر للتأمل فلا وجه لما قاله الاتفاقى قال المصنف (ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) أقول لا يخفى عليك أن اللازم من هذا الدليل سقوط الخيار لطلب الشفعة بدون أخذها فليتنامل والظاهر أن المراد بالاختلاف من بطله

(فبيعت دار أخرى بجنيها في مدة الخيار فأخذها بالشفعة فذلك الاختراضا) يسقط به الخيار لأن أخذه بطلب الشفعة وطلبه الشفعة دليل على اختيار الملك لأن طلب الشفعة لا يثبت الادفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك واستدامة الملك تقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة وهذا التقرير يحتاج إليه المذهب أبي حنيفة خاصة لأن خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة وأما عندهما فإن المبيع يدخل في ملكه فيجوز له أن يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لأن الشفعة لدفع ضرر الجوار الدخيل والإنسان لا يدفع ضرر الجوار في دار يريد ردها قال شمس الأئمة أما وجوب (١٣٤) الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لأنه مالك الدار المبيعة وأما عند أبي حنيفة

فلا نه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالأذن المستغرق بالدين والمكاتب إذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقبة دارهما بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع لأن المشتري لم يصير أحق بالتصرف فيها ولو اشترى دار لم يرها فبيعت بجنيها دار أخرى فأخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لأنه لم يسقط بصره الاسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسيأتي قال (وإذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار ثلاثة أيام فرضى أحدهما دون الآخر فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله أن يرده) وكذا إذا اشترى به ورثي أحدهما ما يعيب فيه وكذا لو اشترى به ولم يرباه ثم رآه (قال المصنف فيثبت الملك من وقت الشراء) أقول

فبيعت دار أخرى بجنيها فأخذها بالشفعة فهو رضا) لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لأنه ما ثبت الادفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيثبت على الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج إليه المذهب أبي حنيفة خاصة قال (وإذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار فرضى أحدهما فليس للآخر أن يرده) عند أبي حنيفة وقاله أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية

(فبيعت دار إلى جنه فأخذها بالشفعة فهو رضا) بالبيع فيسقط خياره واستفدتا من هذا أن من اشترى دارا بالخيار له أن يشفع بها فيما يباع بجنيها لأن له الإجازة والرضا والشفعة بهارضاها لأنها تدل على اختياره للملك فيما يشفع به (لأنه) أي الشأن (ما ثبت) الشفعة (الادفع ضرر الجوار وذلك) أي ضرر الجوار يحصل (باستدامة) الملك حيث شفع دل على أنه مستقيم للملك (فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيثبت على الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج إليه المذهب أبي حنيفة خاصة) لأنه القائل بأن المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بهما وقد قال يشفع بها فاحتاج إلى جعله فعلا بقيد الرضا بالبيع فينهم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شرهما فيه الشفعة أما على قولهما فلا حاجة لأنهما قائلان بأن المشتري بالخيار ملكهما فتجبه له الشفعة بها والوجه أنهم ما يضا يحتاجان إلى زيادة ضمنية لأن الملك وإن كان ثابتا عندهما فله رفعه فهو من زل والشفعة لدفع الضرر المستمر فحين شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك وفي المبسوط على تقدير أنه لم يملكها على قول أبي حنيفة وعدم هذا التقرير قال لأنه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالأذن المستغرق بالدين والمكاتب فانهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فإن المشتري هناك لم يصير أحق بالتصرف فيها ولو اعتبر المأذون والمكاتب كالوكيل عن السيد في الحال كان حسنا ورجع الأخذ بالشفعة إلى سبب الملك هذا ولو كان خيار رؤية كان له أن يشفع في الدار المبيعة إلى جانبها ولا يسقط به خيار الرؤية حتى إذا رآها كان له أن يردها بعد ما شفع بها وسيأتي أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لأنه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم حقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه إذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالأخذ بالشفعة به (قوله وإذا اشترى الرجلان عبدا) مثلا (على أنهما بالخيار ورثي أحدهما بالبيع) بطل خيار الآخر (فليس له أن يرده عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية) بأن اشترى الرجلان شيئا فاطلعا على عيب فرضى به أحدهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده وعندهما له ذلك أو اشترى بالمر بأفعند الرؤية فرضى

أحدهما

انما قال من وقت الشراء إذا لا مرجح لاثبات الملك في الاوقات التي بعده حتى يتعين له (قوله)

لا يثبت الادفع ضرر الجوار) أقول يعني فلا بد من الجوار (قوله فيسقط الخيار ويثبت الملك الخ) أقول ولا يخفى عليك أن بين سقوط الخيار وثبوت الملك من وقت الشراء تنافيا لأن سقوط الخيار يكون بعد ثبوته وثبوته لا يجمع الملك عند أبي حنيفة الخ قال المصنف (فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة الخ) أقول لقائل أن يقول لم يذهب أبو حنيفة أنه إذا ردا أحدهما فليس للآخر أن يرضى ومال الذي يرجع به جهة الرضا على الرذ

(لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما) وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظرا لانا نسلم ان اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما ما لا ترى ان من وكل وكلين أثبت الو كالة لهما او ليس لاحدهما أن يتصرف دون الآخر وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعده اذا ارد البعض لا يتمكن الامه بأية والخيار ثبت نظر المن هو له على وجه لا يلحق الضرر منه بغيره وانما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضرر أيضا فالرد ليس لما لم يكن من الغير بل المحذور عن إيجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل من الغير أقطع وأجفع من الحاصل من نفسه فان قيل يبيعه من مرضاه من العيب المتبعض أحيب بأنه ان سلم فهو رضاه في ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب في يد البائع بفعله لان تفرق (١٣٥) الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل حصل بفعل المشتري برد

نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له أن يرد به بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال لمساعدة الآخر على الرد فاذا امتنع ظهر عمله (قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار) جواب لهما وتقريره ان اثبات الخيار لهما ما ليس عين الرضا برد أحدهما وهو ظاهر ولا الرضا برد أحدهما لازم من لوازم اثبات الخيار لهما لتصوره وانفكاكه بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما قال (ومن باع عبدا على أنه خيارا أو كاتب رجل اشترى عبدا على أنه خيارا أو كاتب فكان بخلافه بأن لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمي به الفاعل خيارا أو كاتباً

لهما ان اثبات الخيار لهما ما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلورده أحدهما رده معيبا به وفيه الزام زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال (ومن باع عبدا على أنه خيارا أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك) أحدهما دون الآخر (لهما ان اثبات الخيار لهما ما اثباته لكل منهما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه) حقه (وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلورده أحدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد) فان البائع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك الا بطريق المهاياة والخيار ما شرع لدفع الضرر عن أحدهما بالخيار للآخر فان قيل هذا الضرر حصل في ملك البائع قلنا نعم لان بعد خروجه عن ملكه فان مع خيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع فان قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضى بهذا العيب أحيب أنه انما رضى به في ملكهما فان قيل بل رضى به مطلقا لان الخيار مع اوم أنه قد يكون عند فسخ وقد يكون عند ابرام فشرطه رضا بكل من الامرين أجاب عنه المصنف بقوله (وليس من ضرورة) الى آخره معنى لا يلزم من كونه شرطه لهما أن يكون راضيا بفسخ أحدهما لجواز كونه لرضاه بفسخهما فاذا جاز هذا كان هو الظاهر والظاهر ان التصرف من العاقل اذا احتمل كلام من أمرين في أحدهما ضرر دون الآخر انما أراد المحتمل الذي لا ضرر فيه لان الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل الى ما يضره بلا فائدة (قوله ومن باع عبدا على أنه خيارا أو كاتب) أي عرفته ذلك (فكان بخلاف ذلك فالشئ تری بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه) ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه في ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في المبيع ولو كان موجودا فيه دخل في العقد وكان من مقتضياته فكان شرطه اذا لم يكن فيه غرر صحيحا والاصل في اشتراط الاوصاف ان ما كان وصفا لا غرر فيه فهو جائز وما فيه غرر لا يجوز الا أن يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجود وهو ما ليس مرغوبا فيه فعلى هذا ينقزع ما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا للشافعي على الاصح عنده لانه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط انها حامل جاز كما اذا شرط في الفرس انه هملاج وفي الكلب أنه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا أو أنثى وشرط كون الثمن مكنة ولا به أمالوا اشتري جارية على أنها حامل

فهو بالخيار بين أخذ جميع الثمن وبين رده اذ لم يتنع الرديسبب من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية يقوم العبد كاتباً وخيارا على أدنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق عطلاق الشرط لانه في ذلك كما في وصف السلامة المستحق عطلاق العقد و يقوم غير كاتب وخيارا في نظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك أمارده

(قوله وفيه نظرا لانا نسلم ان اثبات الخيار لهما) الخ أقول ولك أن تقول لو لم يثبت لكل واحد منهما الخيار لما انعقد البيع في نصب من رضى بالمبيع لكنه متعدد ولا كذلك الو كيانا فلما سلم (قوله وليس لاحدهما أن يتصرف دون الآخر) أقول فيه أن ذلك أيضا لما فيه من ابطال حق الآخر (قوله ضرر الراد) أقول أي المريد الرد (قوله لان تفرق الملك انما هو بالعقد) أقول ان أراد تفرق الملك بين المشتريين فالبايع من الرد ليس كذلك وان أراد تفرقه بين البائع والراعي فلانسلم انه بالعقد بل بفعل المشتري (قوله ليس له أن يرد به الخ) أقول يعني وكذا لا يرد اذا كان الرد موجبا للعيب

فلا ن هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو احتراز عن ليس مرغوب فيه كما اذا باع على انه أعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخیار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد الشرط لانه الرجوع الى صفة الثمن أو الثمن كان ملائماً للعقد ألا ترى انه لو كان موجوداً في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر (١٣٦) فلا يكون مفسداً له ونوقض بما اذا باع شاة على انها حامل أو على انها تحلب كذا فان

المبيع فيه وفي أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه وأجيب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المعلوم الى المجهول يصير الشكل مجهولاً ولهذا الوشرط انها حاوب أو ليلون لا يفسد لكونه وصفاً مرغوباً فيه ذكره الطحاوي سلمناه لكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له أن يأمره بالخبر والكتابة فيظهر حاله وأما انتفاخ البطن فقد يكون من ربح وعلى تقدير كونه ولداً لا نعلم حياته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك فقواته يوجب التخير لان المشتري ماضى بالمبيع دون ذلك الوصف فيختار ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف أى الذى يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها نجيحة فاذا هي جل فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل

لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم قواته يوجب التخير لانه ماضى به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والافونة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا أخذها أخذ بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

فاختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالتافق والشاة وقيل يجوز لان الحبل في الجوارى عيب بخلاف البهائم فكان ذكره للبراعة عن هذا العيب وقيل ان اشتراها لانه يتخذها ظناً فشرط انها حامل بمعنى ذكر غرضه ذلك للبائع فالمبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة في وجودها غير فكانت كالتافق وان لم يرد ذلك جازح لانه قصد البراعة من عيب الحبل ومنه لو اشتراه على أنه معيب فوجده سليماً صح وكان له عدا ومذهب الحسن عن أبي حنيفة في شرط الحمل في البقر والخارية أنه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط انها حاوب لا يجوز لان المشروط هنا أصل من وجه وهو اللبن قال محمد في مسئلتنا فان قبضه المشتري ووجده كاتباً أو خبازاً على أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد ومعناه أن يوجد منه أدنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز أعنى الاسم الذى يشعر بالحرفة فان فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بان يكتب شيئاً يسيراً ناقصاً في الوضع أو يخبره بما دفع عنه الهلاك بأكله واذا لم يجده كاذراً وامتنع الرد بسبب من الأسباب يرجع المشتري على البائع بحضته من الثمن بأن يقوم العقد كاتباً وغير كاتب فيرجع بالتفاوت رعن أبي حنيفة لا يرجع بشئ لان ثبوت الخیار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتقدر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع فكذا هذا والصحيح ما في ظاهر الرواية وبه قال الشافعي لان البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة كافي للعيب ولو اختلف المشتري والبائع بعد مدة فقال المشتري لم أجده كاتباً وقال البائع سلمته اليك كاتباً ولكنه نسي عندك والمدة تحتمل أنه نسي في مثلهما فالقول للمشتري والاصل في هذا أن القول لمن عسك بالاصل وان العدم في الصفات العارضة أصل والوجود في الصفات الأصلية أصل وشهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تأيدت بغيره وان لم تأيد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لا في الزام الخصم اذا عرفه ذافاً اختلفا قبل القبض أو بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف وقال البائع هو به ذالوصف للحال يؤمر بالخبر والكتابة فان فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لم يضر المشتري ولا يرد ولا يعتبر قول العبد في ذلك وان قال البائع سلمته بها ونسي عندك والمدة تحتمل ذلك والمشتري ينكر ذلك فالقول قول المشتري وورده لان الاصل عدم هذه الصفة وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع بكر للحال وقان المشتري يثب فان القاضي يريها النساء فان قلن بكر لزم المشتري بلايين البائع لان شهادتهن تأيدت هنا عجزاً بدلان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوى وشهادتهن حجة ضعيفة لم تأيد عجزاً لكن يثبت حق الخصومة لتوجه اليين على البائع اذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة والخصومة حتى ضعيف لانها ليست بمقصودة لئلا تم افسحازان تثبت بشهادتهن فيحلف البائع بالله لقد سلمتهما بحكم المبيع وهي بكر فان لم يكن قبض يحلف بالله لقد بدعتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري

بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الناحر في الأغراض كان واجعا الى الجنس كما اذا باع عبداً فاذا هي جارية و يفسده العقد وأن كان مما لا يوجب كذا كرنا من المثال فلا يفسده لكنه يوجب التخير لفوات وصف السلامة وأما أخذ جميع الثمن فلا ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم والله أعلم

(قوله سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع الخ) أتول لا يظهر فائدة هذا القيد فليتأمل

## ﴿ باب خيار الرؤية ﴾

قال (ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا اراد ان شاء أخذه) بجميع الثمن (وان شاعرده) وقال الشافعي لا يصح العقد أصلاً لان المبيع مجهول

وروي عن أبي يوسف ومحمد في رواية انه ترد بشهادتهن قبل القبض بلاعين من البائع وان لم يكن عند القاضي من النساء من يثق بهن لا يختلف البائع لان العيب لم يثبت للحال فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليين على البائع فتلزم الجارية على المشتري الى أن يحضر من النساء من يوثق بهن ولو قال بعته وسلمتها اليك وهي بكر وزالت بكارتها في يدك فالقول قوله لان الأصل هي البكارة ولا يبرها القاضي النساء لان البائع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت في يدك واعلم انه اذا شرط في البيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسداً وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحاً ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وجد خيراً مما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب اجناس أعنى الهروي والاسكندري والمروى والكثبان والقطن والذ كرمع الانثى في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحش التفاوت في الاغراض وعدمه فان اشترى ثوباً على انه اسكندري فوجده بلدياً أو هندي فوجده مروياً أو كان فوجده قطناً أو أبيض مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران أو دارا على أن بناءها آجر فاذا هو لبن أو على أن لبناءه ولا نخمل فيها فاذا فيها لبن أو نخمل أو أراضا على أن جميع أشجارها مثمرة فوجده واحدة غير مثمرة أو على انه عبد فاذا هو جارية أو فضاء على أنه ياقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد أو غلام على انه تاجر أو كاتب فاذا هو لا يحسنه أو على انه فحل فاذا هو خصي أو عكسه أو أنها بغلة فاذا هو بغل أو ناقة فكان جلاً أو لحماً معز فكان لحم ضأن أو على عكسه ونحو ذلك فله الخيار ولو اشترى على انه بغل فوجده بغلة أو جارا أو بعيراً فاذا هو ثان أو ناقة أو جارية على انها رتقاء أو حبلى أو ثيب فاذا هي بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة أفضل من الصفة المشروطة وينبغي في مثله البعير والناقة أن يكون في العرب وأهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل أما أهل المدن والمكاريه فالبيع غير أفضل ولو باع داراً بما فيها من الخدوع والخشب والابواب والنخيل فاذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري

## ﴿ باب خيار الرؤية ﴾

قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم وللزوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشيء الى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية (قوله ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا اراد ان شاء أخذه) بجميع الثمن وان شاعرده) سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها مثل أن يشتري جراباً فيه أبواب هروية أو زيتاً في زرق أو حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئاً ومنه أن يقول بعتك ذرة في كمي صفتها كذا أو ثوباً في كمي صفته كذا أو هذه الجارية وهي حاضرة منتقبة فله الخيار اذا رأى شيئاً من ذلك وفي المبسوط الاشارة اليه أو الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن الخلاف الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أو لا وسواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستورا ولا مثل أن يقول بعث منك ما في كمي بل عامة المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر أن المراد بالاطلاق ما ذكره من الأئمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة لبعده القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلاً كان يقول بعتك شيئاً بعشرة وقول المصنف (وقال الشافعي لا يجوز العقد أصلاً) هو فيما لم يسم جنسه قولاً واحداً انه

## ﴿ باب خيار الرؤية ﴾

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه اذ كان تأثيره في منع تمام البيع وتأثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال القدوري من اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز معناه أن يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا أو الذرة التي في كمي هذه وصفتها كذا أو لم يذكر الصفة أو يقول بعث منك هذه الجارية المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعي لا يجوز وكذا العيب الغائب المشار الى مكانه وليس في ذلك المسكان بذلك الاسم غير مسمى والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار لان كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصله لكان البيع جائزاً أي بالاجماع قال الشافعي المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم

## ﴿ باب خيار الرؤية ﴾

قال العلامة الكاكي في المبسوط الاشارة اليه والى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه أو الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى أقول في كون الاشارة الى المبيع أو الى مكانه شرط جواز سمي بالاجماع كلام قتأمل

(ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه) وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض فان قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو انه قال قال عليه (١٣٨) الصلاة والسلام لا تتبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمركب للشئ لا جاعلا على ان

المشتري اذا كان قد رآه  
فالعقد جائز وان لم يكن  
حاضرا عند العقد قلنا بل  
المراد النهي عن بيع ما ليس  
في ملكه بدليل قصة  
الحديث فان حكيم بن حزام  
رضي الله عنه قال يا رسول  
الله ان الرجل يطلب مني  
سلعة ليست عندي فأبيعها  
منه ثم ادخل السوق  
فاستجدها فاشتريها فأفسدها  
اليه فقال عليه الصلاة  
والسلام لا تتبع ما ليس عندك  
وقد اجمعنا على انه لو باع  
عينا من ثيالي لم يملكه ثم ملكه  
فلم لم يجز وذلك دليل  
واضح على ان المراد به ما ليس  
في ملكه والمعقول وهو ان  
الجهالة بعدم الرؤية لا تنفي  
الى المنازعة مع وجود الخيار  
فانه اذا لم يوافق رده ولا نزاع  
تمة يقتضي خياره وانما  
أفضت اليها لو قلنا بانها  
العقد ولم نقل به فصار ذلك  
بجهالة الوصف في المعايين  
المشار اليه بان اشترى ثوبا  
مشارا اليه غير معلوم عدد  
ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم  
العين وان كان تمة جهالة  
لكونها لا تنفي الى المنازعة  
وعورض بأن البيع فوعان  
بيع عين وبيع دين وطريق  
المعرفة في الثاني هو الوصف  
وفي الاول المشاهدة ثم ما هو  
طريق الى الثاني اذا تراخي

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تنفي  
الى المنازعة لانه لو لم يوافق رده فصار بجهالة الوصف في المعايين المشار اليه

لا يجوز وأما فيما سمي جنسه وصفته على ما نقل في شرح الوجيز والحمية أنه يجوز على قوله القديم وعلى  
قوله الجديد لا يجوز وعن مالك وأحمد مثل قولنا واختاره كثير من أصحاب الشافعية منهم القفال وهو قول  
عثمان بن عفان وطلمة رضي الله عنهما وذكر المصنف في وجه قوله ان المبيع مجهول مقتصر عليه يعني  
وكل ما كان كذلك لا يجوز بيعه لثبوت ما عليه وسلم عن بيع الغرر ونفيه عن بيع ما ليس عند  
الانسان وما ذلك الا لجهالة قلنا أما النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك اذنا فاما  
لا ما ليس في حضرتك ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مما لو كالبائع ففصلنا عهده وأما بيع  
الغرر فلفظه يفيد أنه غير ذلك ليس الا بان يظهر له ما ليس في الواقع فيدني عليه فيكون مغرورا  
بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بأن النهي عن ذلك لما يلزم  
الضرر فيه ونقطع بأن لا ضرر فيما أجزنا من ذلك انما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار اذا رآه فما اذا  
أوجبنا له الخيار اذا رآه فلا ضرر فيه أصلا بل فيه محض مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البائع والمشتري  
فانه لو كان له حاجة وهو غائب واذا فقت جواز البيع على حضوره ورؤيته رعاة فثبت بأن يذهب  
فيماومه فيه آخر رآه فيشترى به منه فكان في شرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من اثبات الخيار  
عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير حقوق شيء من الضرر فأنى يتناول النهي عن بيع  
الغرر والاحكام لم تشرع الا لمصلحة العباد قطعاً فكان مشروعا وقاطعا فوجب أن يحمل الحديث على  
المبيع البات الذي لا خيار فيه لانه هو الذي يوجب ضرر المشتري والنهي قطعاً ليس الا لثبات فظهر ان كلا  
من الحديثين لم ينف ما أجزناه فكان نفيه قولاً بلا دليل وكفائاً في اثباته المعنى وهو أنه مال مقدور التسليم  
لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزاً وبين الحديث الذي ذكره المصنف زيادة في الخبر وهو  
مارواه ابن أبي شيبة والبيهقي ومرسله حديثنا سمعنا عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي  
مريم عن مكحول رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه  
وان شاء تركه والمرسل حجة عند أكثر أهل العلم وتضعيف ابن أبي مريم بجهالة عدله لا يفي علم غير المضعفين  
بها وقد روى هذا الحديث أيضا الحسن البصري وسليمان بن الحبحاق وابن سيرين وهو رأي ابن سيرين  
أيضا وعمل به مالك وأحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم فدل قبول العلماء على ثبوته والحق  
أن عمل من ضعف ابن أبي مريم على وفق حديثه يبنى على أن العمل على وفق الحديث هل هو تصحيح له  
وهي مسألة مختلفة بين الأصوليين والاختار لا مال يعلم أن عمله عن الحديث وقد روى الحديث أيضا  
مرثوعة عارواه أبو حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى  
شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه ورواه الدارقطني من طريق أبي حنيفة الآن في طريقه الى أبي حنيفة عمر  
ابن ابراهيم الكندي نسب الى وضع الحديث هذا ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود  
فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية بمن افراد المعنى المجازي وهذا  
لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفي بالرؤية فيها مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشئ كسكك اشتراه وهو  
يراه فانه انما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيئا ثم اشتراه فوجده  
متغيرا لان تلك الرؤية غير مرفة للفسخ كذا لا نكذ الاشتراء الاعني ثبت له الخيار عند الوصف له فاقم  
فيه الوصف مقام الرؤية وقول المصنف (فصار بجهالة الوصف في المعايين المشار اليه) يعني فيما لو

عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخي فسد وأوجب بأن المعارضة ساقطة اشترى

(قوله فان قيل هو معارض الخ) أقول فيه كلام لان النهي يقتضي المشروعية

لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهة الى المنازعة وما نحن فيه ايس كذلك (قوله وكذا اذا قال) تفريع على مسألة القدوري يعني كما أن له الخيار اذا لم يقبل رضىت فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لثلايلهم وجود المشروط بدون الشرط ولانه لو لم العقد بالرضا قبل الرؤية لم يمتنع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فما أدى الى ابطاله فهو باطل (قوله وحق الفسخ) جواب سؤال تقريره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالتقبل فكان معلقا بما فلا يوجد قبلها وتقرر الجواب ان حق الفسخ يحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع منبر ما فجاز فسخه لو شاء فيه ألا ترى ان كل واحد من العقادين في عقد (١٣٩) الوديعة والعارية والوكالة علك الفسخ

باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا بخلاف الرضا فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز ان يثبته على وجه يؤدي الى بطلانه كما مر آنفا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزم به لان ما هو شرط لازم فهو شرط للزوم (قوله ولان الرضا بالشيء) جواب سؤال آخر وتحقيقه ان الامضاء للرضا والرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم بأوصافه لان الرضا استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور وأما الفسخ فاعا هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضا لاستقبال الشيء واستقبال ما لم يعلم ما يقبضه غير متصور لان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدله

(وكذا اذا قال رضىت ثم رآه أن يرد) لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا يقتضى الحديث ولان الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضىت قبل الرؤية بخلاف قوله ردت

أشترى ثوبا بمسار اليه لا يعلم عدد ذرعانه يريد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لانه لا خيار في المشبه به أعنى الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى الفائت مجرد علم الوصف وقوله (وكذا اذا قال رضىت) الى آخره أى وكذا الخيار اذا رآه يعني اذا قال رضىت كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه أن يرد لان ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار اذا رآه والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله وحق الفسخ الخ جواب عن مقدرو هو مطلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية فانه اذا جاز قبله الا يلزم واذا فسخ قبله ايلزم مع استواء نسبه التصرفين في تعليقهما بالشرط في الحديث ولا وجود للعقد قبل الشرط وحاصل الجواب أن المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذ لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشيء قد يثبت بأسباب كثيرة فالحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ به لان معنى الخيار أن له أن يجيز وان يفسخ ثم ثبتت الاجازة بسبب آخر فبقى على عدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضىت قبل الرؤية سقط خياره اذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك وأما الفسخ فثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري وما كان غير لازم عليه أن يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعة والافهول لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المصنف رحمه الله مسلك الطحاوى في عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية ونقل في التحفة فيه اختلاف المشايخ منهم من منع وانه لا روية فيه وأما قول المصنف (ولان الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضىت قبل الرؤية) فلو لم يلزم ان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصله الرضا بالبيع قبل رؤية العيب ثم ان يمنع الفسخ قبل الرؤية أن يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية وقواكم عدم لزوم سبب آخر قبل الرؤية فلما منع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة التي هي الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الرؤية ثم يرفع عنه عندا فثبت قدرة الفسخ والاجازة معا واعلم أن خيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجازة والصلى عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا أنه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه ولا في الأثمان الخاصة بخلاف ما لو

من انتفاع احتياجه الى المبيع أو ضياع غنمه أو استغلاله فلا يلزم الاستقبال ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا روية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار المصنف

(قوله وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار) أقول بل ذلك لعدم وقوعه منبر ما لو شاء فيه على ما فصله المحجب غاية ما في البيان أن عدم الانبرام باعتبار انه يثبت له الخيار عند الرؤية وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدونه فليست أم (قوله والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها الخ) أقول هذا أيضا ممنوع لما سيجي في الصفحة القابلة أن المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر قال المصنف ولان الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق) أقول فيه أن عدم العلم بأوصافه غير مقرر وض فان غير المرئي قد يعلم بالوصف ويجوز أن يقال المراد هو العلم الشخصي بأوصافه

قال (ومن باع ماله) من ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب فإنه لا يختص بمجانبة المشتري بل إذا وجد البائع الثمن زبافه هو بالخيار إن شاء جوزه وإن شاء رده كالمشتري إذا وجد المبيع معيبا لكن العقد لا ينفسخ برد (١٤٠) الثمن وينفسخ برد المبيع لأنه أصل دون الثمن وبخيار الشرط فإنه يصح من

الجانبيين كما تقدم (وهذا) أي الخيار للبائع انما هو باعتبار (ان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) أي من جهة البائع (وثبوتا) أي من جهة المشتري (وتمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية) فإن بالرؤية يحصل الاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة (فلم يكن البائع راضيا بالزوال) فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ (وجهه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه) كما تقدم فان قيل المانع من ثبوت المشتري في الاحتياج اتمام الرضا فيلحق به دلالة أوجب بأنهم ليسا بسين فسه له الرد من جانب المشتري باعتبار انه كان يظنه خيرا عما اشترى فبرده لقوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رد لردته باعتبار ان المبيع أزديد مما ظن فصار كالموابع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار واذا لم يكن في معناه لا يلحق به قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر وههنا وجد القياس على المشتري

قال (ومن باع ماله) وكان أبو حنيفة يقول أولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه أنه معلق بالشراء علمار وينا فلا يثبت دونه وروى أن عثمان بن عفان باع أرضا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبت فقال لي الخيار لاني اشتريت ماله أره وقيل لعثمان انك قد غبت فقال لي الخيار لاني بعته ماله أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضور من الصحابة رضى الله عنهم

كان البيع انما من أحد التقدين فان فيه الخيار ولو تباعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما ومحل كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لا مالا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت أعيانا لانه لا يفيد فيها لان الرد المالم يوجب الانساح بقى العقد قائما وقيامه بوجوب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له أن يرده كان له أن يرد له أو ليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن مالم يسقط خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن بشرط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد دخلا فالأبي يوسف كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط (قوله ومن باع ماله) بأن ورث عثمان بن عفان في بلدة أخرى فباعها قبل أن يراها (فلا خيار له) وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول أولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب فإنه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيادة (وخيار الشرط) فإنه يجوز له ما ولو اقتصر على خيار العيب كان أقرب لان ثبوته في العيب معقول لا احتباس ما هو بعض المبيع عند البائع فكان سبيل من ترك حقه أو أخذه بأخذ الثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفي عدم الرؤية لتحصل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير انه يجوز متأخر المصلحة التي ذكرناها ثم تقرير المصنف حيث قال (وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) يعني في حق البائع (وثبوتا) في حق المشتري (ولا يتحقق ذلك) أي تمام الرضا (الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية) بخال انه قياس بجماع عدم الرضا بالبيع على البتات وهو تعليل بالعدم وحاصله أن ثبوت الخيار لعدم تمام الرضا بأحكام العقد فكذا هنا ويرد عليه ان حكم الاصل أعني خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهما فقياسه أن يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما لا اذا سكتا عنه فيلزم حينئذ فكذا هنا وليس الواقع هذا لظهور اختلاف حكم الاصل والفرع ولولم يختلفا فالأصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه فلذا حق له أن يرجع وذكروا المرجوع اليه وجهين أحدهما (انه معلق بالشراء علمار وينا فلا يثبت دونه) ولا يخفى انه نفي للحكم بمفهوم الشرط اذا حصل انتفاء الحكم لاتقاء الشرط والثاني ما أخرجه الطحاوي ثم البيع في عن علقمة بن أبي وقاص ان طلحة رضى الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضى الله عنه مالا فقبل عثمان انك قد غبت فقال عثمان لي الخيار لاني بعته ماله أره وقال طلحة رضى الله عنه لي الخيار لاني اشتريت ماله أره فحكما بينهما جبير بن مطعم رضى الله عنهم فقضى ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان والظاهر أن مثل هذا يكون بحضور من الصحابة رضى الله عنهم لان قضية يجري فيها الخلاف بين رجلين كبير بن ثمانم ما حكى فيها غيرهما فالغالب على الظن شهرتهم وانتشار خبرهما فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن

أحد

والخيارين فليجزم من البائع وأوجب بأنه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه

القياس سلمناه لكن القياس على مخالفة الاجماع باطل وتحكيم جبير بين عثمان وطلحة كان بحضور من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين ولم ينكره أحد فكان اجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الاطلاق دلالة وقياسا ولهذا يرجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث

قال (ثم خيار الرؤية غير موقت) قيل خيار الرؤية بوقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فأشبهه الردي العيب والاصح عندنا انه باق مالم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى أن يوجد ما يبطل عند الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه والضابط في ذلك ان المشتري بالخيار اذا فعل في المبيع ما يعجن به مرة ويحجل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار والابطال فائدة الخيار لان المكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزمه البيع بفعل ما يعجن به أول مرة فانت فائدة الخيار ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يعجن به أو يعجن به ولكنه لا يحجل في غير الملك بحال أو يعجن به ويحجل في غير الملك لكن فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يعجن به ويحجل في غير الملك في الجملة فلو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيار الملك لعدم الحاجة اليها والحصول الامتحان بالاولى ولو وطئها بطل خياره لانه وان كان مما يعجن به لان صلاحها الوطء قد لا يعلم بالنظر لكن لا يحجل الوطء في غير الملك فكان اختياره فيل يشك على هذا الكلي مستلثان احدهما انه لو اشترى دارا لم يرها فيمعت بجنبها دارا فآخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية وبطل خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمستلثان في فتاوى قاضيان وأجيب بأن الاصل فيه ما هو ان خيار الرؤية لا يبطل بصرح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل (١٤١) الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم اخذ

بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلذلك لا يعمدان في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع والحق ان الاشكال ليس بوار لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بأن يكون تعيبا أو تصرفا يعنى في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منه ما فلا يكونان واردين ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية

ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاتفاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لم تعذر الفسخ قبل الخيار

أحد خلافه كان اجنا عاسكو تيا ظاهرا (قوله ثم خيار الرؤية غير موقت) بوقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بقدر ما يمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه واختار انه لا يتوقف (بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله) يبطله (ما يبطل خيار الشرط من تعيب) يعنى بعد الرؤية (أو تصرف يبطل خيار الرؤية) بقيد تفصيل نذكره في التصرف لا مطلقا فلهذا وصله بقوله (ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه) للتصرف (كالاتفاق) للعهد الذي اشتراه ولم يره (وتدبيره أو تصرفا يوجب حقا للغير) كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لخلوص الحق فيه للمشتري وقوله (كالبيع المطلق) انما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لان به لا يخرج المبيع عن ملكه وكالجهة مع التسليم (والرهن والاجارة يبطل خيار الرؤية) سواء وجدت بعد الرؤية أو قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا ان (عذر الفسخ شرعا بطل الخيار) ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقيدا بما لا يجوز له ان يوجب شرعى عدمه

على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدا فاما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاتفاق والتدبير او الذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف في العين قائم فصادف الغل ونفذ وبعده نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو اتيك الرهن أو مضت مدة الاجارة أو ورد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذي رويناه والثاني ان هذه التصرفات إما أن تكون صريح الرضا أو دلالة وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف أبطلته وأجيب عن الاول بأن ذلك فيما أمكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدد ورها عن أهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعدهم ما لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة

(قوله فأشبهه الردي العيب) أقول فيه تأمل (قوله والضابط في ذلك) أقول يعنى أن الضابط يفهم مما ذكرنا قوله ويعلم (قوله ويحجل في غير الملك) في الجملة أقول يعنى باجازه الملك (قوله قيل يشك على هذا الكلي الى قوله والثانية اذا عرض الخ) أقول ولك أن تقول هما أيضا يبطلانه بعد الرؤية وذلك يكفى في صحة الكلية فانه لم يبق ل يبطل خيار الرؤية مطلقا (قوله والعرض على البيع) أقول لان سلم أن العرض على البيع ليس من التصرف في المبيع والسند ما يذكركه المصنف من جعل المساومة منه (قوله مانع من الفسخ) أقول أى فسح البائع استقلالاً (قوله لا يمكن رفعها) أقول مطلقا ومن التصرف مستقلا

وعن الثاني بأن دلالة الرضا لا تبرع على صريحه اذ لم تكن من ضرورات صريح آخر وههنا هذه الدلالة من ضرورة صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء الاذم محال وأما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا أي لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية فدلالته أولى يعني اذ لم يكن من ضرورات الغير ويبطله بعد هاهنا الوجود الدلالة مع عدم المنافع (قال ومن نظر الى وجه الصبرة) اعلم ان المبيع إما أن يكون شيئا واحدا أو أشياء متعددة والثاني إما أن يكون متفاوتا لا حاد ولا فذلك أقسام ثلاثة فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا لبطال خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد تكون متعذرة كما اذا كان عبدا أو جارية فان في رؤية جميع بدنهم - مارة رؤية عورتهم ما وذلك في العبد لا يجوز أصلا فسخ العقد أول يفسخ وفي الامثلة فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واقعا في غير المثل لان العقد ارتفع بالفسخ من أصله (١٤٣) فصار كأنه لم يكن فكان النظر الواقع حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان

وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا (قال ومن نظر الى وجه الصبرة أو الى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجه الجارية أو الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له) والاصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولودخل في البيع أشياء فان كان لا تتفاوت أحادها كالكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردأ أعمار أي خفيئ شذ يكون له الخيار وان كان تتفاوت أحادها كالتياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبعض من هذا القليل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي أن يكون مثل الخنطة والشعر لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكمل يعرض بالنموذج

البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالمطوي والنشر فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالتياب والدواب والبعض والجوز فيما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت في أحاده وان

كان الثالث كالكيل والموزون والعديد المتقارب والجوز والبعض على ما مال اليه المصنف يكتفي برؤية واحد منهم لان برؤية البعض يعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامته عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج إلا أن يكون الباقي أردأ منها فلي هذا اذا نظر الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكمل يعرض بالنموذج

كان الثالث كالكيل والموزون والعديد المتقارب والجوز والبعض على ما مال اليه المصنف يكتفي برؤية واحد منهم لان برؤية البعض يعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامته عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج إلا أن يكون الباقي أردأ منها فلي هذا اذا نظر الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكمل يعرض بالنموذج

(قوله وعن الثاني بأن دلالة الرضا) أقول والجواب عن الثاني عندى أن يقال ليس بطلان الخيار هنا دلالة الرضا عورة أو صريح بل لضرورة تعذر فسخ من التصرفات على ما يدل عليه سياق كلام المصنف (قال المصنف البيع بشرط الخيار والمساومة) أقول قال الاتفاقى تقول سام البائع السلعة عرضها وكرهها وسامها المشتري بمعنى استامها سوما ومنه ولا يسوم الرجل على سوم أخيه أى لا يشتري كذا في المغرب انتهى وقال العلامة الكاكي المساومة طلب البائع والمشتري لبيع سلعة كذا في الفوائد انتهى (قوله فان في رؤية جميع بدنهم مارة رؤية عورتهم) أقول لا يخفى عليك أن الكلام في الرؤية التي يبطل الخيار معها اذا وقع البيع بعدها والافلا يسقط الخيار برؤية وجه العبد بعد البيع ولو رآه ألف مرة فلا يستقيم هذا الكلام الذي ذكره الشارح بل الاولى أن يقال فان في رؤية جميع بدنهم مارة رؤية عورتهم ما وهما ليسا في ملكه ما وهى حرام فليست أملا فانه يمكن أن يقال المقصود اثبات المدعى بالطريق الاولى وفيه ما فيه بل المراد الرؤية بعد البيع وهى تسقط الخيار اذا قبض بعدها

وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كوضع العلم والوجه  
هو المقصود في الادنى وهو الكفل في الدواب فيعتبر برؤية المقصود ولا يعتبر برؤية غيره وشرب بعضهم  
رؤية القوائم والاول هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو  
اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعروف للمقصود  
عورة العبد والامة اللذين يريد أن يشترهما ولزم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة منها ولا قائل بذلك  
فيكتفى برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرقى تبعا للمرقى فاذا سقط الخيار في الأصل سقط في التسبيح  
اذا عرف هذا انبنى عليه أن من نظر الى وجه الجارية أو العبد ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رده  
بخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنها أو ظهرها أو سائر أعضائها ما لا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجهها  
لان سائر الأعضاء في الامة والعبد تبع للوجه ولذا اتفقت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي سائر  
الأعضاء وفي الدواب يعتبر برؤية الوجه والكفل لانهم المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط  
برؤية غيرهما منها وهو المروي عن أبي يوسف وقيل لا يسقط ما لم يرقوا عنها ونقل صاحب الاجناس  
عن المجرد عن أبي حنيفة في الدابة اذا رأى عنقها أو ساقها أو خذها أو جنبها أو صدرها ليس له خيار الرؤية  
وان رأى حوافرها أو ناصيتها فله الخيار وعن محمد يكتفى بالوجه اعتبارا بالعبد وفي رواية المعلي عن أبي  
حنيفة يعتبر في الدواب عرف التجار (وفي شاة اللحم لا بد من الجس) باليد فلا يكتفى بالرؤية ما لم  
يجسها (لان المقصود اللحم وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك  
هو المعروف للمقصود) فلا يسقط الخيار بدون ذلك وكذا اذا رأى وجه الثوب مطويا بالان البادي يعرف  
ما في الطي فلا يشترط فتحه انتضر البائع بتكسر ثوبه ونقصان به بحجته وبذلك يتقص عنه عليه اللهم  
الا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ثم قيل هذا  
في عرفهم أما في عرفنا فالمر بآطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في  
التياب وهو قول زفر وفي الميسوط الجواب على قول زفر وفي البساط لا بد من رؤية جميعه ولو نظر الى  
ظهور المكعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهه بدون الصرم يبطل قيل وينبغي أن ينظر الى الصرم في  
زماننا لتفاوته وكونه مقصودا وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها الا اذا كانت  
البطانة مقصودة بأن كان فيها فرو وأما الوسادة المحشوة اذا رأى ظاهرها فان كانت محشوة بما يحشى بها  
مثلها يبطل خياره وان كان مما لا يحشى به مثلها فله الخيار هذا اذا كان المبيع واحدا (فان دخل في  
البيع أشياء فان كانت الآحاد لا تتفاوت كالسكيل والموزون وعلامته) أي علامة بالان تفاوت آحاده  
(أن يعرض بالتموج فيكتفى برؤية واحد منها) في سقوط الخيار (الا اذا كان الباقي أردأ مما رأى  
حينئذ لا يكون له الخيار) يعني خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في الينابيع وفي الكافي اذا كان أردأ  
له الخيار لانه انما رضى بالصفة التي رآها لا بغيرها وهذا التعليل يبيدانه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق  
كلام المصنف والتحقيق انه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد  
العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم العيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى  
مالم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم أراه المبيع في الحال (وان كانت آحاده متفاوتة كالتياب  
والدواب والعبد فلا بد من رؤية كل واحد) لكن على الوجه الذي ذكرنا أعنى رؤية ما هو المقصود من  
كل واحد (والجوز والبض من هذا القبيل فيما ذكره الخ) قال المصنف (وكان ينبغي أن يكون  
مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة) وبه صرح في المحيط وفي المجرد هو الاصح ثم السقوط برؤية  
البعض في المكيل اذا كان في وعاء واحد أما اذا كان في وعاءين أو أكثر اختلفوا في شايخ العراق على أن  
رؤية أحدهما كرؤية الكل ومشايخ بلخ لا يكتفى بل لا بد من رؤية كل وعاء والصحيح أنه يبطل برؤية

(والنظر الى ظاهر الثوب)  
مطويا مما يعرف البقية  
الا أن يكون في طيه ما كان  
مقصودا كوضع العلم  
واذا نظر الى وجه الادنى  
بطل الخيار لانه هو المقصود  
به في العبد والامة وسائر  
الأعضاء تبع له ألا ترى  
ان تفاوت القيمة بتفاوت  
الوجه مع التساوي في سائر  
الأعضاء واذا نظر الى الوجه  
أو الكفل في الدابة بطل  
الخيار لانهم مقصودان  
في الدواب هذا هو المروي  
عن أبي يوسف رحمه الله  
وشرب بعضهم رؤية القوائم  
لانهم مقصودة في الدواب  
فان كان المكيل والموزون  
والعددي المتقارب في  
وعاءين فراه في أحدهما  
فان كان ما في الآخر مثل  
مارأى أو فوقيه بطل الخيار  
وان كان دونه فهو على  
الخيار لكن اذا ردردت السك  
لثلاثة تفرق الصفقة واذا  
اشترى شاة فلما أن تكون  
للحم أول القنية أي الدر  
والنسل في الاول لا بد من  
الجس لان المقصود انما  
يعرف به وفي الثاني لا بد من  
رؤية الضرع وفي المطعومات  
لا بد من الذوق لانه المعروف  
للمقصود

(قال وان رأى محسن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها) وكذلك اذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت والاصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للفتاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل

البعض لانه يعرف حال الباقي هذا اذا ظهر له أن ما في الوعاء لا يخرجه له وأما اذا كان أردأ فهو على خياره وان كان مما يتفاوت آحاده كالبطاخير والمان فلا يكتفي برؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال رضي وأسقطت خيارى وفي شراء الرخي با لانه لا بد من رؤية الكل وكذا السرج بأداته ولده لا بد من رؤية الكل (قوله وان رأى محسن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار ورأى أشجار البستان من خارج) لان النظر الى جميع أجزائها متعذر اذا لم يكن النظر الى ما تحت السرر والى ما بين الحيطان من الجدوع فيكتفي برؤية المقصود منها (وعند زفر لا بد من دخول البيوت والاصح أن جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية) في الكوفة (فان دورهم لم تكن متفاوتة) وأما في ديارنا (فلا بد من الدخول داخل الدار) كما قال زفر (للتفاوت الدور) بكترة المرافق وقلتها فلا يصير معلوما بالنظر الى محسنه وهو الصحيح وهذا لا يفيد إلا أن يقال وكل من ذلك مقصود وعلى هذا ما ذكرنا من أنه لا يشترط رؤية العلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلاد ديار مصر وشرط بهضهم رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتمد في ديار مصر والشام والعراق وأما ما ذكر في الأشجار من الاكتفاء برؤية رؤس الأشجار أو رؤية خارجة فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفي برؤية ظاهره وفي جامع فاضيل لا يكتفي برؤية الخارج ورؤس الأشجار انتهى وفي الكرم لا بد من رؤية غيب الكرم من كل نوع شيا وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى ذهنا في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكتفي حتى يصيبه في كفه عند أبي حنيفة لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وعن محمد يكتفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة وفي التحفة لونه في المرآة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل مثاله ولو اشترى سمكا في الماء يمكن أخذه من غير اصطياذ فرأى في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما هو فهذه الرؤية لا تعرف المبيع وأما اذا كان المبيع مغيبا في الارض كالجزر والبصل والنوم والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرواية وروى بشر عن أبي يوسف ان كان شيا بكال أو بوزن بعد القلع كالثوم والبصل والزعفران والسلمج ان باعه بعد ما نبت نباتا فيه به وجوده تحت الارض جاز البيع فان قلع البعض دل يثبت له الخيار حتى اذا رضى به يلزم المبيع في الكل ان قلع البائع أو المشتري باذن البائع يثبت له الخيار لورضى به يلزم المبيع في الكل لما عرف ان رؤية بعض المكمل أو الموزون كروية الكل وان قلعه المشتري بغير إذنه ان كان المقلوع شيا له عن بطل خياره في الكل فلم يكن له أن يرده رضى بالقلوع أو لم يرض وجده في ناحية من الارض أقل منه أو لم يوجد لان بالقلوع صار المقلوع معيبا لانه كان حيا ينفو وبعده صار مواتا والتعيب في يد المشتري يمنع الرجوع الى الرؤية وان كان المقلوع شيا لا تمن له لا يبطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيا يباع عددا ان قلعه البائع أو المشتري باذنه له الخيار في الباقي حتى لو رضى به لا يلزم المبيع في الكل لانه عددي متفاوت فرؤية بعضه لا تكون كروية كله وارقلعه المشتري بغير إذن لبائع بطل خياره وقد حكى فيه خلاف بين أبي حنيفة وبينهما فذا ذكرنا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رؤية بعضه كروية كله وجعلناه كالملك والموزون

(قال ومن رأى محسن الدار فلا خيار له) رؤية محسن الدار أو خارجها أو رؤية أشجار البستان من خارج تسقط خيار الرؤية لان كل جزء من أجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرر وبين الحيطان من الجدوع والاسطوانات وحينئذ يسقط شرط رؤية الكل فأقتصر رؤية ما هو المقصود من الدار فقام رؤية الكل فإذا كان في الدار بيتان شويان وبيتان صفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية محسن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند وقال زفر رحمه الله وهو قول ابن أبي ليلى لا بد من دخول داخل البيوت والاصح أن جواب الكتاب أي القدرى على وفاق عادتهم بالكوفة أو بغداد في لابنية فانما يختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك يكون كصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فاما اليوم يريد به ديارهم فلا بد من الدخول في داخل الدار للفتاوت في مالية الدور بقلة مرافقها وكثرة ما فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر

(قوله يشترط رؤية الكل) أقول هذا كلام بعض المشايخ على ما علم من معراج الدراية ثم أقول كلام الشارح في هذا المقام مخالف المشروح

قال (ونظر الوكيل كمنظر المشتري) قبل صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكيلاً عني في قبض المبيع أو وكلتك بذلك وصورة الإرسال أن يقول كن رسولاً عني أو أرسلتك وأمرتك بقبضه وقيل لافرق بين الوكيل والرسول فيما إذا قال أمرتك بقبضه إذا نظر الوكيل بالقبض إلى المبيع وقبضه يسقط خيار المشتري فلا يرد له إلا بعبء علمه أو كليل أو لم يعلم وقال الفقيه أبو جعفر إذا كان عيياً بعلمه الوكيل يجب أن يبطل خيار العيب بالقبض إليه فإذا نظر الرسول وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله أن يرد عند أبي حنيفة وقالوا نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كمنظره فهم سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله أن يرد ولما كانت رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه (١٤٥) الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء

فروية تسقط الخيار بالإجماع لأن حقوق العقد ترجع إليه (لهما أنه توكل) أي قبل الوكالة (بالقبض دون إسقاط الخيار) وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة (فلا يملك) إسقاط الخيار لأنه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئاً ثم وكل وكيله بقبضه فقبض الوكيل معياراً لغيره لم يسقط خيار العيب للموكل ولكن اشترى بخيار الشرط وكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل وكذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فأسقط الخيار قصداً لا يسقط خيار الموكل ودليل أبي حنيفة رحمه الله مبني على مقدمة هي (أن القبض على نوعين تام وهو أن يقبضه وهو يراه ونافض وهو أن يقبضه وهو مستور) (قوله وهذا) إشارة إلى تنوعه بالنوعين وبأنه (أن تمام القبض بتمام

قال (ونظر الوكيل كمنظر المشتري حتى لا يرد له إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كمنظر المشتري وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا هم سواء له أن يرد) قال معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فروية تسقط الخيار بالإجماع لهما أنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصداً وله أن القبض نوعان تام وهو أن يقبضه وهو يراه ونافض وهو أن يقبضه مستورا وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو يراه تسقط الخيار فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل وإذا قبضه

والعدد المتقارب لأن بعضها يستدل في العادة على الكل وإن اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري أخاف أن قلعتني لا يصلح لي ولا أقدر على الرد وقال البائع لو قلعتني فقد لا ترضى يتطوع إنسان بالقلع فإن تشاحا فسخ القاضي العقد بينهما (قوله ونظر الوكيل) إلى المبيع مكشوفاً يعني الوكيل بالقبض كما فسر المصنف وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه أو كن وكيلاً عني بقبضه (كمنظر المشتري حتى لا يرد) المشتري بعد قبض الوكيل ورؤية (الامن عيب ولا يكون نظر الرسول كمنظر المرسل) والرسول هو من يقول له المشتري قل فلان يدفع إليك المبيع أو أنت رسولني إليه في قبضه أو أرسلتك لقبضه أو أمرتك بقبضه وعلى هذا إذا قال أذهب فاقبضه يكون رسولا لا وكيلاً لأنه من ماصدقات أمرتك وقديل لافرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر بأن قال قبض المبيع فلا يسقط الخيار ومنهم من حكى هذا القول فيما إذا قال أمرتك بمادة ألف ميم راء (وهذا عند أبي حنيفة وقالوا هم) يعني الرسول والوكيل بالقبض (سواء) فبردا الموكل الذي له الخيار ما قبضه وكيله كما يرد ما قبضه رسوله (فأما الوكيل بالشراء فروية تسقط الخيار بالإجماع لهما أنه توكل) أي قبل الوكالة (بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به) وإذا لم يملكه لا يثبت عن فعله (وصار كخيار العيب والشرط) بأن اشترى معيماً برعيه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يري عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا إذا وكل في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط (و) صار أيضاً (كالاسقاط قصداً) بأن قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم رآه فأسقط الخيار قصداً لا يسقط (وله أن القبض على نوعين) قبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه وإنما كان هذا قبضاً تاماً لأن خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما يبطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاماً (ونافض وهو أن يقبضه مستورا) وإذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمناً لسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه (ثم الموكل ملك القبض بنوعيه فكذا وكيله لاطلاق التوكيل) بخلاف ما إذا أسقط الخيار قصداً بأن قبضه مستورا ثم رآه

(١٩ - فتح القدر خامس) الصفقة ولا تتم الصفقة (مع بقاء خيار الرؤية) لأن تمامها تهايم في الزوم بحيث لا يرد الإبراء أو قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك وإذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكذا عند إطلاق التوكيل عملاً بلا قه فان قيل لا نسلم ذلك فإن الوكيل إذا قبضه قبضاً ناقصاً ثم رآه فأسقط الخيار قصداً لم يسقط والموكل لو فعل ذلك يسقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص للمحالة

(قوله فيما إذا قال أمرتك بقبضه) أقول فلا يسقط الخيار (قوله وهذا إشارة إلى تنوعه بالنوعين) أقول ولعله إشارة إلى كون القبض وهو يراه تاماً تاماً

أجاب المصنف رحمه الله بأن الوكيل إذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقى أجنبيا فلا يملك إسقاطه وفي هذا الجواب تعرض إلى رد قياسهما على الإسقاط القصدي وإلى رد قولهما دون إسقاط الخيار وتقرر به أنه لم يتوكل بإسقاط الخيار قصد أو ضمنا والاول مسلم ولكن إسقاط الخيار في القبض التام يثبت للوكيل في ضمن التوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف الموكل وكمن من شيء ثبت ضمنا ولا يثبت قصد والثاني ممنوع فان من توكل بشيء وكل بما يملكه لا يملك الوكيل إلا به فهو واجب وقوله (بخلاف خيار العيب) جواب عن قوله ما فصار خيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به الارضاء وقضاء ومالم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام (١٤٦) القبض ولهذا ملك رد العيب خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريقا للصفقة

لأن تفريق الصفقة قبل تمامها ممنوع والمالم يمنع ههنا دل أنها كانت تامة وهو من موضحات ذلك أن خيار العيب اثبت حتى المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لإسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقبضا عليه لأنه على هذا الخلاف ذكر القدرى أن من اشترى شيئا على أنه بالخيار فوكل وكيله بقبضه بعد مآراه فهو على هذا الخلاف ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون إلا بعد القبض فكذلكه وقيل بالتام لأن الموكل يملك الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما أنه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس

مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصد أو ضمنا بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقاءه وخيار الشرط على هذا الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذلك لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئا وانما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم إذا كان رسولا في البيع قال (وبيع الاعمى وشراؤه جائز)

فأسقط الخيار لأن بقبضه (مستورا انتهى التوكيل) بالقبض (الناقص فلا يملك) الوكيل بعد ذلك (إسقاطه) لا تنفأ ولايته ونقص مسئلتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما أحدهما أن الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فأبطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل انما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا ثابتا في مجرد رؤيته قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره إذا رآه انما يتأتى على القول بأن مجرد مضى ما يمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحیح وبعد من الجواب الاول يقع الفرق في المسئلة الثانية لأنه لم يثبت ضمنا للقبض الصحيح بل ثبت بعد انقضاء الوكالة بالقبض الناقص وقوله (بخلاف خيار العيب لأنه) يثبت مع (تمام الصفقة) لأنه لم يشرع لتقييم القبض بل لتسليم الجزء الفائت ضمن القبض مع بقاء الخيار ولذا كان له أن يرد المبيع وحده فيما إذا اشترى شيئين وقوله في الكتاب الامن عيب قال غير الاسلام يحتمل الامن عيب لم يعلمه الوكيل فان كان عليه يجب أن يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه أبو جعفر ولم يسلم مسئلة خيار العيب والصواب عنه - دنا أن لا يملك الوكيل بالقبض إبطال خيار العيب فيكون معناه علم أو لم يعلم وقوله (وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ) يعني وخيار الشرط لانص فيه فلنا أن غنعه فيكون على الخلاف ذكره القدرى وهو رواية الهندواني لأن القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لأن وجوده يحجز الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه (ولئن سلم) أنه لا يبطل بالقبض التام وهو الاصح (فالموكل لا يملك التام منه) فإذا فرضنا أن التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل (بخلاف الرسول) بالبيع والشراء (فانه لا يملك شيئا) من القبض لا التام ولا الناقص لأنه لم يؤثر بالقبض بل بأداء الرسالة ولذا لا يملك التسليم أيضا وصور الارسلان في البيع تقدمت أوائل كتاب البيوع وصورته بالشراء أن يقول قل لفلان اني اشتريت منك كذا وكذا بعين كذا وكذا (قوله وبيع الاعمى وشراؤه جائز) باتفاق الأئمة الثلاثة وقال الشافعي لا يجوز إلا في السلم والشراء في لغة الحجاز ويقصر لاهل نجد

كالوكيل فان اتمام ما أرسل به ليس اليه وانما إليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض والتسليم قال (وله وبيع الاعمى وشراؤه جائز) بيع الاعمى وشراؤه جائز عندنا

(قوله والثاني ممنوع فان من توكل بشيء الخ) أقول لو صح هذا لزم ان لا ينتهي التوكيل بالقبض الناقص كلام على السند الاخص فلا يجزى نفعا (قوله لان الاختيار) أقول التتابع بالياء بنقطتين بعد التامين والاختيار بالياء النقطة بنقطة تحتانية بعد التام من الخبر قال المصنف (وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار) أقول فيه بحث فان الخيار معلق بالرؤية ولا يثبت قبيلها كما سلف الا أن يراد بالخيار حق الفسخ مجازا والحق أن يجب أن المراد بالرؤية العلم بالمقصود مجازا على ما قالوا فلا اشكال الا أن قوله إذا اشترى بأبي عن هذا نوع إياه فليتام

(وله الخيار) وقال الشافعي رحمه الله ان كان بصيرا فعلى كذا الجواب وان كان أعمى فلا يجوز بيعه ولا شراؤه أصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو محجوب بمعاملة الناس العيانيين من غير تكثير وان من أصله ان من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الأمر به غيره فاذا احتاج الأعمى الى ما يأكل ولا يتمكن من شراءه كقول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من القبح ما لا يخفى ولنا (انه اشترى ما لم يره ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل) وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب وهو يقتضي تصور الالوان وهو انما يكون في البصير والأولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العيانيين (١٤٧) من غير تكثير فان ذلك أصل

في الشرع بمنزلة الاجماع ويسقط خياره مباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بحسه وان كان مما يعلم بالشئ فشمه وبذوقه في المذوقات وأما اذا كان شجرة أو غرأ على شجرة أو عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف يقيم مقام الرؤية كفاي السلم وقال بعض أئمة بلخ عس الحائط والاشجار فاذا باشر بسبب العلم أو وصف له أو وصف ومس وقال رضى سقط الخيار وروى عن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان الواقف بصيرا لرآه وقد قال رضى سقط خياره لان التشبه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين وأجراء موسى في حق آدمي والاصلاح واطلاق الرواية يدل على أنه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف

وله الخيار اذا اشترى) لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل (ثم يسقط خياره بحسه المبيع اذا كان يعرف بالجنس وشمه اذا كان يعرف بالشئ وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق) كفاي البصير (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) لان الوصف يقيم مقام الرؤية كفاي السلم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضى سقط خياره لان التشبه يقيم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقيم مقام القراءة في حق الآخرس في الصلاة وأجراء موسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكيله بقبضه وهو يراه

(وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره) فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه (وقد قررناه من قبل) في أول الباب ولان الناس تعارفوا بمعاملة العيانيين بعا وشراء والتعارف بلا تكثير أصل في الشرع بمنزلة اجماع المسلمين (ثم يسقط خياره بحسه المبيع اذا كان يعرف بالجنس) كالشاة (وبشمه اذا كان يعرف بالشئ) كالطيب (وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق) كالعسل وقوله (كفاي البصير) ظاهر في ان البصير اذا لم يره المبيع ولكن شمه فقط وهو مما يعرف بالشئ كالمسك ونحوه فرضي به ثم رأى فلا خياره (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) في جامع العتاني هو أن يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم يذكره صفته ولا يخفى أن ايقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط واكتفى بذكر الوصف (لان الوصف قد أقيم مقام الرؤية كفاي السلم) وعن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه العقار وقال رضى سقط خياره لان التشبه يقيم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقيم مقام القراءة للاخرس وأجراء موسى على رأس من لا شعر له (في الاحلال من الاحرام ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق الا بتحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشئ بمنزلة وقد ثبت شرعا اعتباره بمنزلة في السلم وجوب اجراء موسى مختلف فيه وكذا التحريك غير لازم لادمي وعن أبي يوسف أيضا انه اعتبر الوصف في غير العقار أيضا ولم يعتبر الشئ ولا الذوق والجنس لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا وقال مشايخ بلخ عس الحيطان والاشجار فاذا قال رضى سقط خياره لان الأعمى اذا كان ذكيا يفهم على مقصوده بذلك وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار وفي رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس والجنس لان التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا الا فيلما يمكن بحسه كالتمر على رؤس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في أشهر الروايات وهو المروى عن أبي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير لابي الليث (وقال الحسن يوكل وكيله بقبضه وهو يراه)

قال محمد في الجامع الصغير قال أبو يوسف في الأعمى يشتري الشئ لم يره فيقول قد رضى قال له أن يره وان كان في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم قال قد رضى لم يكن له أن يره وقال الفقيه قال بعضهم يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ومع ذلك يوصف له وهذا أحسن الأقاويل قال وبه نأخذ وقال الحسن يوكل وكيله بقبضه وهو يراه

(قوله وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب) أقول فيه بحث لان التصور لا يستلزم التحقق الا يرى أن قولنا شريك الباري ليس بوجوده في الخارج صادق ويمتنع وجود الموضوع فيه والأولى ايراد النظر في قوله عليه الصلاة والسلام فله الخيار اذا رأى فان اذا تستعمل في التحقيق فليست أمثل فان المراد بالرؤية العلم بالمقصود على ما صرحوا

وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل بالقبض كروية الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال رضيت ثم أبصر فلا خيار له لأن العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو اشتري بصيرا ثم عي انتقل الخيار إلى الصفة لأن الناقل للخيار من النظر إلى صفة العجز وقد استوى في ذلك كونه أعمى وقت العقد وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما) قد تقدم أن في الجمع بين الأشياء المتفاوتة الأحاد في البيع رؤية بعضها لا يعرف الباقي بل لا بد من رؤية كل واحد منهما وعلى هذا إذا رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فلا خيار له لكن لا يرد الذي رأى وحده بل يردهما إن شاء كي لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وإنه لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولو كان غير تامه يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون الرد فسخا من الأصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فإن تفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة قيل تفريق الصفقة منهي عنه وهو يقتضي رددهما جميعا إن شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشتري شيئا لم يره الحديث يدل على أنه لو أن رد الذي لم يره وحده فواجه ترجيح حديث النهي على المجز وأجيب بأن موجب النهي مطرد في جميع صورته وموجب المجز ليس كذلك فإنه لا يملك الرد إذا تعيب أو أعنى أحد العبدتين أو دبره والمطر دراجع وبأنه محرم والمحرر راجع على المبيع وأولاه متأخر عن المبيع لثلا يلزم فكر بالنسخ وبأن الرد كما كان غير ممكن لأن رد أحد الثوبين لا يكون رد الآخر فاشترى ثوبين لا أحدهما والرد انما يصح إن لو كان ذلك المردود على الحالة الأولى قبل النهي عن تفريقهما مطلقا وقد تقدم بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر ومثله مرجوح والجواب أن النهي (١٤٨) انما هو عن التفريق والتقييد بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة فإنه

وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل كروية الموكل على ما مر آنفا قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جازله أن يردهما) لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقى الخيار فيما لم يره ثم لا يرد وحده بل يردهما كي لا يكون تفريق الصفقة قبل التمام وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الأصل

فيستنبذ ذلك خياره قال المصنف (وهذا أشبه بقول أبي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل) ولو وصف للأعمى ثم أبصر لا خيار له لأن خياره سقط فلا يعود إلا بسبب جديد ولو اشتري البصير ثم عي انتقل الخيار إلى الوصف (قوله ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جازله أن يردهما) لأن رؤية أحدهما ليست رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقى الخيار فيما لم يره) فله رده بحكم الخيار (ثم لا) يتمكن من رده وحده (فردهما) إن شاء (كي لا يكون تفريق الصفقة) على البائع (قبل التمام وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) كخيار الشرط بدليل أن له أن يفسخه (بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الأصل) لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم

إذا أوجب البيع في شئين لا يملك المشتري القبول في أحدهما لما فيه من الأضرار بالبائع بل بربان العادة فيما بين الناس بضم الردي على الجليد تر ويجاله بالجليد فاذا علم أن المانع من رد أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق فإن من اشتري ثوبين فاستحق أحدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه أن ارد أحدهما فلا بد من رد الآخر أيضا لأن فيما نحن فيه رد أحدهما

يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لأنه لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم تتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعبثه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فإن شاعرضي وإن شاعرد وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم البائع

(قوله وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة) أقول تقدم بورقة تخميننا وهو قوله ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية لأن تمامها تنافيها في الزوم قال المصنف (وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) أقول قال العلامة السكاكي يعني فيما إذا قبضه مستورا كذا قبل ولا حاجة إلى هذا لأن خيار الرؤية يبقى إلى أن يوجد ما يبطله انتهى وفيه بحث يظهر علاحظة ما مر في مسئلة نظر الوكيل (قوله فأن تفريق الصفقة منهي عنه) أقول تعليل لقوله لثلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام من اشتري شيئا لم يره الحديث يدل على أنه لو أن رد الذي لم يره وحده فواجه ترجيح حديث النهي) أقول وأنت خبير بأن المفهوم لا يعارض المنطوق حتى يحتاج إلى الترجيح وأيضا المشتري هنا هو المجموع دون كل واحد فرد رؤية أحدهما دون الآخر كروية وجه الدابة دون كفلها وبالعكس فليتأمل (قوله أولاه متأخر عن المبيع الخ) أقول في التوضيح في فصل المعارضة والترجيح كلام متعلق بهذا المقام فراجع (قوله والجواب أن النهي انما هو عن التفريق إلى قوله قبل التمام بالقياس) أقول تقييد المطلق بنسخ وذلك لا يجوز بالقياس لم يظهر بما ذكره في معرض الجواب دفع ما قيل (قوله يندفع ما استشكل بالاستحقاق) أقول أي يظهر إن دفعه

قال (ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) قد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض والعرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل فكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته قال (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فان كان على تلك الصفة أتى رآه) عليها سقط الخيار لان العلم بأوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبقوات العلم بالاوصاف ثبتت الخيار فبين العلم بالاوصاف وثبوت الخيار منقاة ويثبت أحد المتناقضين وهو العلم بالاوصاف (١٤٩) بتلك الرؤية فينتفي الآخر

وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوباً ملغوفاً كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرقى فان له الخيار حينئذ لعدم الرضا به وانما استغنى هذه الصورة لدفع ما عسى أن يتوهم أن عليه انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وههنا لما كان المبيع مريضاً من قبل لم يتغير عنها كان العلم بها حاصلًا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك لكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم انه مريض لم يرض به فكان له الخيار وان وجدته متغيراً فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلنة بأوصافه فكان له مبره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع عيئته لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب أو تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر ومتمسك بالأصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن

(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرنا في خيار الشرط (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له) لان العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبقواته ثبتت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مريضاً لعدم الرضا به (وان وجدته متغيراً فله الخيار) لان تلك الرؤية لم تقع معلنة بأوصافه فكان له مبره وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب لزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري

بصفات المبيع ولذا لا يحتاج الى القضاء والرضا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق أحدهما لا يرد الباقي وهما وفي خيار الشرط برء الآخر اذا ردا أحدهما بعد القبض أجيب أن ردا أحدهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفریق الصفة قبل التمام لماعلم ان الصفة لاتتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفة تمت فيها كان ملك البائع ظاهر فلم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عيباً واحداً فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضاً كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق ولو كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما فله الخيار لتفرقها قبل التمام ولو كان المبيع مكيفاً أو موزوناً فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لان الشركة ليست بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخير لتفریق الصفة قبل التمام ولو وجد باحدهما عيباً في مسألة الكتاب قبل القبض ليس له أن يرد وحده لتفرق الصفة قبل التمام لانها لاتتم قبل القبض هذا والمعنى في تفریق الصفة قبل التمام وجوازها بعينه لدفع الضرر الاكبر وذلك أن في تفریقها ثبوت ضرر من دائماً غير أنه قبل التمام يكون ضرر البائع أكثر فانه ضرر مال فانه قد لا يروج أحدهما الا بالآخر لحدوده أحدهما ووراءه الآخر وهو فوق ضرر المشتري فان ضرره ليس الا بيطلان مجرد قوله اذا الزمناه ردهما وبعد القبض ضرر المشتري أكثر لانه متى رد الكل يطل حقه عن البدو وضرر البائع موهوم اذ قد يبيع المردود بثمن جيد فعملنا بدفع أعلى الضررين فيهما (قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث) على ما ذكرناه من الوجه (في خيار الشرط) وتقدم أن خيار الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق (قوله ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فان وجدته على الصفة التي رآه) عليها (فلا خيار له لان العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة) فلم يتناول قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه لانه باطلا لا يتناول الرؤية عند العقد وقيل (الا اذا كان) المشتري (لا يعلمه مريضاً) أي لا يعلم أن المبيع كما قدره فيما مضى كأن رأى جارية ثم اشترى جارية منتقبة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهرت اباهاً كان له الخيار (لعدم) ما يوجب الحكم عليه (بالرضا) أو رأى ثوباً ملغوفاً في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك (وان وجدته متغيراً) عن الحالة التي كان رآه عليها (فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلنة بأوصافه) فكانت رؤيته وعدمها سواء (فان اختلفا في التغير) فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير (فالقول للبائع لان) دعوى (التغير) بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود من البيع دعوى أمر (حادث) بعده والاصل

الشروط المفسدة لظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المتكبر مع عيئته والينة بينة مدعى العارض (قوله الا اذا بعدت المدة على ما قالوا)

قال المصنف (لان تلك الرؤية لم يقع معلناً) أقول الظاهر أن يقول معلنة (قوله وقيل هو الرؤية السابقة) أقول لا يظهر الفرق بين المعنيين الاوامين لأن المراد برؤية جزء من المعقود عليه هي الرؤية السابقة وبالرؤية السابقة هي رؤية جزء المعقود عليه (قوله وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة) أقول وعندى أنه البيع البات الخالي عن المفسد الواقع في محل مرئى فليتامل

أى المتأخرون استثناء من قوله (١٥٠) فالقول قول البائع فإنه حينئذ يكون القول قول المشتري لأن الظاهر يشهد له فإن الشئ يتغير

بطول الزمان ومن يشهد له الظاهر فالقول قوله واليه مال شمس الأئمة السرخسي وقال أرايت لو كانت جارية شابة رأها فاشتراها بعد ذلك بعشر بن سنة وزعم البائع أنهم لم تتغير كان يصدق على ذلك وقوله (بمخلاف ما إذا اختلاف في الرؤية) متصل بقوله فالقول قول البائع يعنى إذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لأن البائع يدعى عليه العلم بالصفات وأنه حادث والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليقين قال (ومن اشترى عدل زطى) العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطى ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المصنف لأنه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه يبيع أو هبة فإذا قبضه فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها أى من الثياب الزطية إلا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا إلى العدل وأنت في قوله منها نظرا إلى الثياب فإنه إذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثوبا من العدل وكذا إذا اشترى عدل زطى فبخر الشئ فقبضه وباع ثوبا

منه أو وهبه وذلك لأن الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن الخيارين الزطية ينعان تمامها كما مر وأما خيار العيب فإنه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع محمد المسئلة لأنه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه

بمخلاف ما إذا اختلاف في الرؤية لأن ما مر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله قال (ومن اشترى عدل زطى ولم يره فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها إلا من عيب وكذلك خيار الشرط) لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط ينعان تمامها بخلاف خيار العيب لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبضه وفيه وضع المسئلة  
عدمه فلا تقبل الإيبيسية (بمخلاف ما إذا اختلاف في الرؤية) فقال البائع رأيت أنه قال المشتري لم أره فالقول للمشتري مع يمينه لأن البائع يدعى أمرا عارضها والعلم بصفته (والمشتري ينكره فالقول له) وكذا لو أراد أن يرد فقل البائع ليس هذا الذي بعته وقال المشتري بل هو هو القول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات أو فيه خيار الشرط أو الرؤية ولقائل أن يقول الغالب في البيعات كون المشتريين رأوا المبيع قد عوى البائع رؤية المشتري تتسك بالظاهر لأن الغالب هو الظاهر والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتسك بالأصل إلا أن لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية بمخلاف ما إذا كان له خيار العيب فإن القول للبائع في أنه غير المبيع مع يمينه وهذا لأن المشتري في الخيارين ينفسخ العقد بنفسه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف وإذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض فالقول فيه قول القابض ضمينا كان أو أمينا كالغاصب والمودع بمخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشتري بنفسه ولكنه يدعى ثبوت حق الفسخ في الذي أحضره والبائع ينكره وقوله (إذا ابتعدت المدة) استثناء من قوله القول قول البائع أى إلا في صورة ما إذا طالت المدة (على ما قالوا) أى المشايخ (لأن الظاهر شاهد للمشتري) إذا الظاهر أنه لا يبق الشئ في دار التعجير وهي الدنيا زمانا طويلا بل بطريقة تغير قال محمد رحمه الله تعالى أرايت لو رأيت جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين أو عشرين سنة وقال تغيرت أن لا يصدق بل يصدق لأن الظاهر شاهد له قال شمس الأئمة وبه أفتى الصدر الشهيد والامام المرحوماني فنقول إن كان لا يتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبائع وإن كان التفاوت غالبا فالقول للمشتري مثاله لو رأى دابة أو عملا كافا اشتراه بعد شهر وقال تغيرت فالقول للبائع لأن الشهر في مثله قليل (قوله ومن اشترى عدل زطى لم يره وقبضه فباع منه ثوبا أو وهبه) ثم رأى الباقي (ليس له أن يرد شيئا منها إلا من عيب) وكذا لو اشترى العدل المذكور على أنه الخيار ثلاثة أيام وهو شرط الخيار والباقي بحاله أعنى فباع بعضها أو وهبه سقط خياره في الباقي وليس له أن يرد بخيار الشرط بل إن اطاع على عيب وهذا (لأنه تعذر الرد فيما أنجزه عن ملكه) فالورد الباقي فقط كان تفريق الصفقة على البائع قبل التمام لما مر من (أن) قيام (خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها) وإن كان بعد القبض (بمخلاف خيار العيب فإن الصفقة تتم معه بعد القبض وفيه) أى في المقبوض (وضع المسئلة) لأنها لو لم تكن مقيدة به لم تصح صورتها إذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهبته ولأنه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواها وهو أنه لا يرد أحدهما بل يردهما بخيار الرؤية إن شاء فلا يصح حينئذ قوله إلا من عيب لأنه إذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد أحدهما عيبا لا يرد المبيع خاصة بل يردهما إن شاء لا يقال في عدم رد الباقي عند رؤيته ترك العمل بحديث الخيار لحديث النهي عن تفريق الصفقة مع أنه متروك الظاهر فإن تفريقها جائز بعد تمامها وحديث الخيار أقوى قلنا لم نقل بعدم ردها مقابل قلنا إذا ردها يرد معها إلا خرفنا بشرط في الرد عمل بحديث الصفقة لتكون عاملين بالحديثين معاجبا بينهما والعدل المثل والمراد هنا الغرارة التي هي عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوها أى يعاد لها وفيها أبواب والزط في المغرب جيل من الهند تنسب اليهم الثياب

(فلو عاد) الثوب الذي باعه (الى المشتري بسبب هو فسح) بأن رد المشتري الثاني بالعيب بالقضاء وأرجع في الهبة فهو أى المشتري الاول أو الواهب على خياره فإذن رد الكل بخيار الرؤية لا ارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى وعن أبي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه) لأن الساقط لا يعود (كخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى)

### باب خيار العيب

(١٥١)

آخر خيار العيب لأنه يمنع الزوم بعد التمام وإضافة الخيار الى العيب من قبيل إضافة الشيء الى سببه اذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة فعند فواته يتخير الرطبة وقيل جيل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أنشئه في قوله لم يرد شيئا منها على معناه فكان نظير قوله تعالى وكم من قرية أهلكناها فجاءها بأسنا بياتا أو هم قاتلون هذا (ولو عاد) الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه (الى المشتري بسبب هو فسح) محض كارد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة (فهو) أى المشتري للعدل (على خياره) أى خيار الرؤية فله أن رد الكل حينئذ بخيار الرؤية لا ارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى وعن أبي يوسف) وهو رواية على بن الجعد عنه (انه) أى خيار الرؤية (لا يعود) لأن الساقط لا يعود (كخيار الشرط) الاسباب جديد وصححه قاضيخان (وعليه اعتمد القدورى) وحقيقة الملاحظ مختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعا لال فيحمل المقتضى وهو خيار الرؤية على هذه الرواية مسقطا واذ اسقط لا يعود بلا سبب وهذا وجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق

فلو عاد اليه بسبب هو فسح فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى وعن أبي يوسف انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى

### باب خيار العيب

(واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة فعند فواته يتخير

الرطبة وقيل جيل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أنشئه في قوله لم يرد شيئا منها على معناه فكان نظير قوله تعالى وكم من قرية أهلكناها فجاءها بأسنا بياتا أو هم قاتلون هذا (ولو عاد) الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه (الى المشتري بسبب هو فسح) محض كارد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة (فهو) أى المشتري للعدل (على خياره) أى خيار الرؤية فله أن رد الكل حينئذ بخيار الرؤية لا ارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى وعن أبي يوسف) وهو رواية على بن الجعد عنه (انه) أى خيار الرؤية (لا يعود) لأن الساقط لا يعود (كخيار الشرط) الاسباب جديد وصححه قاضيخان (وعليه اعتمد القدورى) وحقيقة الملاحظ مختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعا لال فيحمل المقتضى وهو خيار الرؤية على هذه الرواية مسقطا واذ اسقط لا يعود بلا سبب وهذا وجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق

### باب خيار العيب

تقدم وجه ترتيب الخيارات والاضافة في خيار العيب إضافة الشيء الى سببه والعيب والعيبه والعياب بمعنى واحد يقال عاب المتاع أى صار ذا عيب وعابه يزيد تعدي ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب وأيضا على الاصل والعيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعده ناقصا (قوله) واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع (ولم يكن شرط البراءة من كل عيب) (فهو بالخيار ان شاء أخذ) ذلك المبيع (بجميع الثمن وان شاء رده) هذا اذا لم يتمكن من ازالته بلامسقة فان تمكن فلا كحرام الجارية فانه بسبيل من تحليها ونجاسة الثوب وينبغي حله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينقص وانما ثبت له هذا الخيار (لان مطلق العقد) وهو الم بشرط فيه عيب (يقتضى وصف السلامة فعند فواته يتخير) بيان الاول من المنقول والمعنى اما المنقول فمعلقه البخارى حيث قال ويذكر عن العدا بن خالد قال كتب الى النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشتري محمد رسول الله من العدا بن خالد بيع المسلم من المسلم عبد الاداء ولا خبثة ولا غائلة ثم قال البخارى وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة والاباق وروى ابن شاهين في المعجم عن أبيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشى قال حدثنا عبد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب أبو وهب قال قال الى العدا بن خالد بن هوزة ألا أقرئك كتابا كتبه لي رسول الله صلى الله عليه

على أن البيع يقتضى سلامة المبيع عن العيب ووصف السلامة بفوت وجود العيب فعند فواته يتخير لان الرضا داخل في حقيقة البيع

### باب خيار العيب

العيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة (قوله ووصف السلامة بفوت وجود العيب فعند فواته) أقول ضمير فواته راجع الى وصف (قوله لأن الرضا داخل في حقيقة البيع) أقول أى البيع اللازم

وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فان قيل تقرر كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما فاذا فاته الا لازم انتفى المزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد (١٥٣)

كي لا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له أن يمسه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد

وسلم قال قلت بلى فأخرج لي كتابا هذا ما اشترى العدا بن خالد بن هود من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا أو أمة لاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم في هذا أن المشتري العدا وفي الاول أنه النبي صلى الله عليه وسلم وصح في المغرب أن المشتري كان العدا وتعلق البخاري انما يكون صحيحا اذا لم يكن به عيب التبريض كيد كبر بل ينحو قوله وقال معاذ لاهل اليمن في قوله عليه الصلاة والسلام بيع المسلم المسلم دليل على أن بيع المسلم المسلم ما كان سليما ويدل عليه قضاءه عليه الصلاة والسلام بالرد فيه على ما في سنن أبي داود بسنده الى عائشة أن رجلا ابتاع غلاما فقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيبا فخصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وفسر الخطابي الداء بما يكون بالرفق من الادواء التي يرد بها الجثثون والجذام ونحوها والخبثة ما كان خبيث الاصل مثل أن يسبي من له عهد يقال هذا سبي خبثة اذا كان ممن يحرم بيعه وهذا سبي طيبة بوزن خيرة ضده ومعنى الغائلة ما يقتال حقه من حيلة وما يدلس عليك في البيع من عيب ونفسه للداء وفاق نفسه برأي يوسف له وأما أبو خنيفة ففسره فبما رواه الحسن عنه بمرض في الجوف والكبد والرئة وفسر أبو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة وهو قول الزمخشري الغائلة الحصلة التي تقول المال أي تملكه من اباق وغيره والخبثة هو الاستحقاق وقيل هو الجنون وأما المعنى فلا أن السلامة لما كانت هي الاصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولأن العادة أن القصد الى ما هو متحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان القصد الى السلام هو الغالب صار كالمشروط فيختار عند فقده (كي لا يتضرر بلزوم ما لم يرض به) (قوله وليس له أن يمسه ويأخذ النقصان) أي نقصان العيب وبه قال الشافعي خلافا لاحمد لان الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر من غير التزام له والبايع يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الا به وان كان معيبا وهذا لان الظاهر معرفته بالعيب فأنزل عالمه بطول ممارسته له في مدة كونه في يده ولذا بعينه اتفاق العلماء على انه اذا باعه على انه معيب فوجد سليما لا خيار له ولا يقال انه ما رضى بالثمن المسمى الاعلى اعتبارا انه معيب فلا يكون راضيا به حين وجد سليما لانه أنزل عالمه بوصف السلامة فيه فحين باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشيء كما جعل عالمه بالعيب فأنزل غير راض فيه معيبا الا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل يختار في أخذه أو رده فان بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذه الوجه هو الاوجه وذكر المصنف قبل قوله (ولان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد) فليس له أن يأخذ في مقابلة فواته شيئا وهذا لان الثمن عين فاعلمنا يقابلها مثله والوصف دونه فانه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به الاتباع المعروفه غير منفردة عنه وقوله بمجرد العقد احتراز عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كالوضرب البائع الدابة فتعيبت فان الوصف حينئذ يفرد بالضمان ويختار المشتري وكذا اذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف

يوجب فوات جزء من المبيع أو بغيره من حيث الظاهر كالعي والعيور والشلل والزمانة والاصم سبب الناقصة والسنة السوداء والسن الساقطة واما أن يكون عيبا يوجب النقصان معني لاصورة كالسعال القديم وارتفاع الحيةض في زمانه والزنا والدفن والخسر في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن لما أن يقابل بالوصف والاصل أو بالاول دون الثاني أو بالعكس لاسيلا الى الاول والثاني لا يؤدي الى مزاجحة التبعية والاصل فتعين الثالث (قوله في مجرد العقد) احتراز عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم

(قوله ينتفي الرضا) أقول أي ظاهرا (قوله اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما) أقول هذا غير مسلم وانما يكون كذلك لو اقتضاه اقتضاء تاما لا يجوز أن يتخلف عنه ومن أين ثبت ذلك (قوله وفي ذلك كله فوات وصف) أقول وكون

فوات الجزء فوات الوصف يعلم مما أسلفه الشارح في أوائل كتاب البيع (قوله لا يؤدي الى مزاجحة التبعية) الثمن الاصل أقول أنت خير بيان المزاجحة في الاول وفي الثاني ترجيح التبعية على الاصل فليتم امل (قوله كما تقدم) أقول في أوائل كتاب البيع

(قوله ولا نه لم يرض بزواله) دليل اخر على عدم جواز امساكه بأخذ النقصان أى قيمته أو أرشه وتقريره ان البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسمى وفي امساكه وأخذ النقصان زواله بالأقل فلم يكن مرضيه وعدم رضا البائع بزوال المبيع منافا لجود البيع فيكون الزام على البائع بالبيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالعيب أيضا لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في أخذ النقصان قيل البائع اذا باع معيبا فاذا هو سليم البائع يتضرر بل ان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شهول الخيار لهما أو عدمه لهما وأجيب بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فانزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه وأما المشتري (١٥٣) فانه ما رأى المبيع فلولا لزما العقد

مع العيب يتضرر من غير علم حصل له فثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك أى رؤية العيب عند احدى الحالين رضيا بالعيب دلالة قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن) العيب ما يخلو عنه

أصل الفطرة السليمة وذكر المصنف رحمه الله ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان الضرر بنقصان المالية) ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالتقص بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله) قال (والا باق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) الذى يعقل اذا أتى من مولاه ما دون السفر من المصر الى القسرية أو بالعكس فذلك عيب لانه يفوت المنافع على المولى والسفر وما دونه

ولانه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري يمكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضاه قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله) (والا باق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يردده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يردده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في بطنه والا باق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقله المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فأما الذى لا يعقل فهو ضال لا أتى فلا يتحقق عيبا

الثمن لانه صار مقصودا بالتناول أو حكما بان امتنع الرد لحق البائع كأن تعيب عند المشتري بعيب آخر أو لحق الشرع بأن حتى جنابة ولذا قلنا ان من اشتري بقرة فخلها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يرددها لان تلك الزيادة التى أتلفها جازع مبيع لانها تباع محض (فرع) لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي في وجه وفي وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية (قوله وكل ما أوجب نقصان الثمن) الذى اشتري به (في عادة التجار فهو عيب) وهذا ضابط العيب الذى يردده وهذا لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه عيبا أو لا لاهل الخبرة بذلك وهم التجار أو أرباب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات وبهذا قالت الاثمة الثلاثة وسواء كان ينقص العين أو لا يتقصها ولا ينقص منافعها بل مجرد النظر اليها كالظفر الاسود والصمغ القوى على العمل وكفى جارية تركية لا تعرف لسان الترك (قوله والا باق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) وقوله (ما لم يبلغ) بمعنى مدة عدم بلوغه يجري مجرى البديل من الصغير واذا كان ذلك عيبا في الصغير فظهرت عند البائع ثم وجدت أيضا عند المشتري في الصغرة له أن يردده ثم قال القدوري (فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) وقد أعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال (ومعناه) أى معنى قوله فاذا بلغ الى آخره وحاصله انه اذا ظهرت هذه الاشياء عند البائع في صغره ووجدت عند المشتري بعد البلوغ لم يردده لانه غير ذلك الذى كان عند البائع وبينه (بأن سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش) للصغير (الضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والا باق في الصغير لحب اللعب والسرقة) في الصغير (قله المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن) فاذا اختلف سببهما بعد البلوغ وقبله كان الموجود منهما بعد غير الموجود منهما قبله واذا

(٣٠ - فتح القدير خامس) فيه سواء قلوا بقت الجارية من الغاصب الى مولاه فان لم يبق وان أبت منه ولم ترجع الى مولاه عالمة بعزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات أحدهما فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو عيباً كل وحده ويشرب وحده فكذلك واذا سرق درهمان من مولاه أو من غيره فكذلك لاخلالها بالمقصود لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده في سرقة مال غيره فيكون عيبا بلاتفرقة بين المولى وغيره الا في الماء كولاته لا كل فان سرقهما من مولاه البست بعيب فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال صغره فهو عيب يردده واذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك وأما اذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يردده لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب

قال (والجنون في الصغر عيب أبدا) ومعناه إذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أوفى الكبير رده لأنه عين الأول إذا السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري

كان غيره فلا يرد به لأنه عيب حادث عنده بخلاف ما إذا ظهرت عند البائع والمشتري في الصغر أو ظهرت عنده بعد البلوغ فإن له أن يرد به أو إذا عرف الحكم وجب أن يقرر اللفظ المذكور في المختصر وهو قوله فإذا بلغ فليس ذلك الذي كان قبله عند البائع بعيب إذا وجد بعده عند المشتري حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشتري بعد ما وجد بعده عند البائع واكتفى بلفظ المعاودة لأن المعاودة لا تكون حقيقة إلا إذا اتحد الأمر لأنه لا يقال عاود زيد فيما إذا ابتدأ غيره فعرض تحقق المعاودة بعد البلوغ بوجوب وجوده منه قبل البلوغ أيضا والافلامعاودة وقوله ليس بعيب أي لا يرد به وقوله والمراد من الصغر إلى آخره تقييد للصغر الذي ذكرناه إذا وجد منه شيء من هذه الأمور عند البائع والمشتري يرد بأن يكون صغيرا يعقل وأما الصغر الذي لا يعقل فهو إذا فقد ضال لا أبق وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا قال في الإيضاح السرقه والبول في الفرائض قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لأنه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب مادام صغيرا وكذا روى أبو يوسف في الأمالي عن أبي حنيفة وفي بعض المواضع ويستجبي وحده وإذا قدر به أحد وما قدر به في الحضائفة اقتضى أن يكون ابن سبع سنين إذا صدر منه ذلك لا يرد به لأنهم قدروا الذي يأكل وحده إلى آخره بذلك لكن وقع التصريح في غير موضع بتقديره بدون خمس سنين وفي الفوائد الظهيرية هنا مسئلة بجمية هي أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له أن يرجع بالنقصان فإذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لأرواية فيها قال وكان والذي يقول ينبغي أن يسترد استدلالا بمسئلتين أحدهما إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردّها ولو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان فإذا رجع به ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية إذا اشترى عبدا فوجده من يضا كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان فإذا رجع ثم برى بالمداواة لا يسترد ولا استرد والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغي أن يسترد انتهى وفي فتاوى قاضيهان اشترى جارية وادعى أنها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا إذا كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك وفيها أيضا اشترى عبدا وقبضه فمعه عنده وكان يحمم عند البائع قال الإمام أبو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوظة عن أصحابنا أنه إن حم في الوقت الذي كان يحمم فيه عند البائع كان له أن يردّه وفي غيره فلا يقل له فلو اشترى أرضا فافترس عند المشتري وقد كانت تنز عند البائع قال له أن يرد لأن سبب النزوح واحد وهو تسفل الأرض وقرب الماء إلا أن يحجي ماء غلب أو كان المشتري رفع شيئا من ترابها فيكون النزوح ذلك أو يشبهه فلا يدرى أنه عينه أو غيره قال القاضي الإمام بشكل عما في الزيادات اشترى جارية بيضاء إحدى العيمين ولا يعلم ذلك فأنجلى البيضاء عنده ثم عاد ليس له أن يرد وجعل الثاني غير الأول ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العيمين وهو يعلم ذلك فلم يقبضها حتى أنجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني عين الأول الذي رضى به إذا كان الثاني عند البائع ولم يجعله عينه إذا عاد البيضاء عند المشتري وقال لا يرد ثم قال القاضي الإمام كنت أشاور شمس الأئمة الحلواني وهو يشاور رمي فيما كان مشكلا إذا اجتمعنا فشاورة في هذه المسئلة فما استفدت منه فرقا (قوله والجنون عيب أبدا) هذا لفظ محمد رحمه الله فلو جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر أوفى الكبير رده لأنه عين الأول لأن السبب للجنون في حال الصغر والكبر متحد (وهو فساد الباطن) أي باطن الدماغ فهذا معنى لفظ أبدا المذكور في لفظ محمد (وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة) للجنون (في يد المشتري) كإذهب إليه طائفة من المشايخ فأثبتوا حق الرد بمجرد وجود الجنون عند

قال (والجنون في الصغر عيب أبدا) معناه إن الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحالتين لأن السبب في الحالتين واحد وهو فساد الباطن فإذا جن في يد البائع في صغره ثم عاوده في يد المشتري ساعة ثم عاوده عند المشتري في كبره يرد به وليس معناه أن المعاودة في يد المشتري بشرط كمال اليأس من شمس الأئمة الحلواني وشيخ الإسلام وهو رواية المنتقى بناء على أن آثاره لا ترتفع وذلك تبين في جماليق عينيه

وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير قال (والدفر والبحر عيب في الجارية) الدفر راحة مؤذية تنجيء من الابط والذفر بالذال المعجمة شدة الراحة طيبة كانت أو كريهة ومنه مسك أذفر وابط دفرأ وهو مراد الفقهاء من قولهم الدفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية والبحر نبت راحة القسم كل منهما عيب في الجارية للاخلال بما عسى يكون مقصودا وهو الاستفراش وليس بعيب في الغلام لأنه لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا أن يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله لأنه حينئذ يكون من داء والداء نفسه يكون عيبا والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لأن الاول يخل بالاستفراش والثاني يطلب الولد فان الولد يعبر بزمانه وليس بمخلين في المقصود من الغلام وهو الاستخدام

(قوله ومنه مسك أذفر وابط دفرأ وهو مراد الفقهاء من قولهم الخ) أقول فيه تأمل قال المصنف (والزنا وولد الزنا) أقول وكون المبيع وولد الزنا خذف المضاف والمضاف اليه (قوله والثاني يطلب الولد) أقول خص الثاني باخلال طلب الولد مع أن الاول

لأن الله تعالى قادر على إزالته وان كان قبلما يزول فلا بد من المعاودة للرد (قال والبحر والدفر عيب في الجارية) لأن المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لأن المقصود الاستخدام ولا يخلان به الا أن يكون من داء لان الداء عيب (والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام) لأنه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام

عند البائع وان لم يكن عند المشتري فهذا غلط (لأن الله تعالى قادر على إزالته) أي إزالته سببه (وان كان قبلما يزول) وقد حققنا كثير من النساء والرجال جنوا ثم عوفوا بالمساواة فان لم يعاوده جاز كون البيع صبر بعد إزالته سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا يرد بل لا تحقق قيام العيب (فلا بد من معاودة الجنون بالرد) وهذا هو الصحيح وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير واختاره الاسيحاقي قال محمد بعد قوله اذا جئ مرة واحدة فهو عيب لازم أبدا باسطر وان طعن المشتري بابق أو جنون ولا يعلم القاضي ذلك فإنه لا يستلزم البائع حتى يشهد شاهدان أنه قد أبق عند المشتري أو حتى صرح باسطر المعاودة في الجنون وهذا بخلاف ما اذا اولدت الجارية عند البائع لامن البائع أو عند آخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد فابا عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى وفي رواية كتاب البيوع لا ترد وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل هو عيب وان كان ساعة وقيل ان كان أكثر من يوم وليله فهو عيب ويوم وليله فسادونه ليس بعيب وقيل المطبق عيب وماليس يطبق ليس بعيب والسرقة وان كانت أقل من عشرة عيب وقيل مادون الدرهم فحوقلس أو فلسين ونحوه ليس عيبا والعيب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى أو من غيره الا في المأكولات فان سرقتها الاجل الا كل من المولى ليست عيبا ومن غيره عيب وسرقته البيع من المولى وغيره عيب ونقب البيت عيب وان لم يسرق منه وابق مادون السرق عيب بالاخلاف واختلفوا في انه هل يشترط خروجه من البلد فقيل شرط فلو أبق من محلة الى محلة لا يكون عيبا ومن القرية الى مصر لابق وكذا على العكس ولو أبق من غاصبه الى المولى فليس بعيب ولو أبق منه ولم يرجع الى المولى ولا الى الغاصب فان كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان لم يعرفه أولا بقدر فلا (قوله والدفر الخ) هذه أربعة أشياء عيب في الجارية وليست عيبا في الغلام والبحر والدفر والزنا وولد الزنا لان الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام فإنه لا استخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا الا اذا كان البحر والدفر من داء فيكون عيبا في الغلام أيضا لان الداء عيب وفي فتاوى قاضيخان قال الا أن يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة الناس فيكون عيبا وعن أبي حنيفة الدفر ليس عيبا في الجارية أيضا الا أن يفحش فيكون عيبا فيها دونه وقيل اذا كان العبد أمر ديك يكون البحر عيبا به والصحيح انه لا فرق بين كونه أمر ديك وغيره والدفر نترجح الابط يقال رجل أدفر وأمر دفرأ ومنه للسب يقال دافرا معدول عن دافرة ويقال شمت دفر الشيء ودفره يسكون الفاء وفتحها كل ذلك والدال مهملة وأما بجامع الدال ففتح الفاء لا غير وهو حدة من طيب أو نترجح وبجامع خص به الطيب فقيل مسك أذفر ذكره في الجمهرة وفيها وصفت أمرأة من العرب شيخا قالت ذهب دفره وأقبل بحره قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة والبحر بالجيم عيب وهو انتفاخ تحت السرة ومنه سمى بعض الناس أبحر وفي الصحابة غالب بن أبحر أو قلبه وسمى به فرس لعنته وكذا الآدرو وهو عظم الخصىتين والاذن عيب وهو من يسيل الماس من مخزبه والبحر الذي هو عيب هو الناسي من تغير المعدة دون ما يكون لقلع في الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها ووجه كون الجارية ولزنا عيبا بأنه يخل بالمقصود من طلب الولد لانها اذا كانت ولدتا

محله أيضا لاختصاص الثاني به (قوله فان الولد يعبر بزمانه) أقول وتأبي النفس من الاستيلاء بمن يعبر بزمانه ذلك الى ولده

الآن نذكر ذلك منه على ما قال المشايخ فإنه يصير عادة ويحتاج إلى اتباعه وهو محل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) الكفر عيب في الجارية والغلام لأن طبع المسلم ينفر عن محبته والنفرة عن المحبة تؤدي إلى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيباً ولا يمنع صرفه عن كفاية القتل بالاتفاق وعن كفارتي النبيين والظاهر أن بعض فحول بالرغبة فإن اشتراه على أنه مسلم فوجده كافراً فلا شبهة في الردفان اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً مرد عنه ذلك لأنه زوال العيب وزوال الشيء لا يكون أبداً كما إذا اشتري معيماً فإذا هو مسلم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على أنه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بأن يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا لمحالة وقال الشافعي رد به لأنه فات شرط مرغوب لأن الأولى (١٥٦) بالمسلم أن يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب إن هذا

الآن يكون الزنا عادة على ما قالوا لأن اتباعه محل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) لأن طبع المسلم ينفر عن محبته ولا يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلا يشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرد له لأنه زوال العيب وعند الشافعي يرد له لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب (قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب) لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء

غير الولد بأمه وقوله (الآن يكون الزنا عادة) استثناء من قوله دون الغلام وقوله (على ما قالوا) يعني المشايخ (لأن اتباعه محل بالخدمة) إذ كلما وجهه الحاجة اتبع هواه وقال قاضيخان لو كان الزنا منه مراً كان عيباً لأنه يضره عن بعض الأعمال ويزاد بالحدود وضعف في نفسه انتهى بل وفي عرضه ورعاً نأذي به عرض سيده ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافهما في الصغيرين وفي الجلب من دار الحرب لا يكون عيباً مطلقاً وفي فتاوى قاضيخان وهذا عندهم يعني عدم الختان في الجارية المولدة أما عندنا عدم الخفض في الجوارى لا يكون عيباً (قوله والكفر عيب فيهما) أي في الغلام والجارية (لأن طبع المسلم ينفر عن محبة الكافر) للعداوة الدينية وفي الزامه به غاية الأضرار بالمسلم ولا يأمنه على الخدمة في الأمور الدينية كالتخاذه ماء الوضوء وحمل المحض إليه من مكان إلى مكان ولا يقدر على اعتاقه عن كفارة قتل خطأ فتقل رغبته والوجه هو الأول ولذا قلنا أنه لو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرد له لأنه زائل العيب والنكاح والدين عيب في كل من الجارية والغلام وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين وهو أنه أن كان ديناً يتأخر إلى ما بعد العتق فلا خيار له يرد به كدين معاملة بأن اشتري شيئاً بغير إذن المولى وإن كان في رقبته بأن جنى في يد البائع ولم يفده حتى باعه فله رده الآن يقال وبعد العتق قد يضره في نقصان ولائه وميراثه (قوله) وإذا كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لأن انقطاع الحيض في أوانه (واستمراره علامة الداء) فكان الانقطاع والاستمرار دليل على الداء والداء عيب وقد يتولد المرض من الانقطاع في أوانه بخلاف ما إذا كانت بسبب الإياس فإن الانقطاع ليس عيباً حينئذ حقيقة العيب فيهما بالداء ولذا قال بعضهم إذا أراد أن يرد عيب الانقطاع فلا يدعي الانقطاع بل ينبغي أن يدعي بأحد السببين من الحبس أو الداء حتى تسمع دعواه لأن الانقطاع بدونهما لا يعد عيباً والمرجع في الحبس إلى قول النساء وفي الداء قول الأطباء ولا يثبت العيب بقول الأطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع الآن يتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه إلا النساء فإنه يقبل في توجه الخصومة قول امرأة واحدة وكذا في الحبس وفي الكافي نص على الاكتفاء في المرض الباطن بقول طبيب عدل ولا يشترط العدد ولفظه الشهادة

أمر راجع إلى الديانة ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض بأن ارتفع عنها في أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة وادعى المشتري بعد ثلاثة أشهر من وقت الشراء فيما روى عن أبي يوسف أو أربعة أشهر وعشر فيما روى عن محمد وأوسنتين فيما روى عن أبي حنيفة وزفر رجحهما الله أنهما لم تحض لحبل بها أولاده كان ذلك عيباً ترد به والمرجع في الحبس قول النساء ويكتفي بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة وفي الداء قول الأطباء يقبل فيه قول عدلين وقال أبو المعين يكفي قول عدل واحد منهم وقيدنا بأن تكون الدعوى بعد المدة المذكورة لأنه إذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاصغاء إلى ذلك وبأن تكون دعواه مشتملة على انضمام الحبس إلى انقطاع الحيض أو على

انضمام الداء إليه لأن الارتفاع بدون هذين الأمرين لا يعد عيباً وكذا إذا بلغت المدة المذكورة وحاض ولم يقطع كان ذلك عيباً لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لأن العادة في التي خلقت على السلامة الحيض في

(قوله ولائاً منع صرفه عن كفارة القتل) أقول الأولى أن يقال يمنع عن صرفه في كفارة القتل (قوله ولا عبرة به في المعاملات) أقول أي عند التجار (قوله وبأن تكون دعواه مشتملة) أقول معطوف على قوله بأن تكون الدعوى بعد المدة (قوله لأن الارتفاع بدون هذين الأمرين لا يعد عيباً) أقول فيه بحيث لا يرى أن التعديل الذي ذكره بقوله لأن ارتفاع الدم علامة الداء لأن العادة الخ (قوله وكذا إذا بلغت المدة المذكورة) أقول التقييد بالبلوغ إلى المدة المذكورة في الاستمرار رضا بل محل فإن الاستمرار قبله عيب أيضاً

ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الامه فتر اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح

وهكذا نص عليه الشيخ أبو المعين في شرح الجامع الكبير وهو أوجه لانه لتوجه الخصومة لا الرد وفي التحفة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا الخواص كالاطباء والنحاسبين فان اجتمع عليه مسلمان أو قاله مسلم عدل قبل وبشيت العيب في اثبات حتى الخصومة وفي فتاوى قاضيان ان أخبر بذلك واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى ثم يقول القاضى هل حدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان أنكر ولا يثبت له استخلاف كما سئذ ذكر (ويعتبر في الارتفاع) الموجب للعيب (أقصى غاية البلوغ وهو) أن يكون سنه (سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة ويعرف ذلك) أى الارتفاع والاستمرار (بقول الامه) لانه لا طريق له الا ذلك (فاذا انضم الى قولها نكول البائع) اذا استخلف (قبل القبض أو بعده في الصحيح ردت) واحترز بقوله في الصحيح عماروى عن أبي يوسف انه ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعماعن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء وجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها الا بما يؤيد وهو نكول البائع ثم ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك أن المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالتقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت والمسيدة روى عن أبي يوسف مقدرة بثلاثة أشهر وعن محمد بأربعة أشهر وعشر وعن أبي حنيفة وزفر بسنتين ومادون المديدة قصيرة فان كان القاضى مجتهد أخذ بما أدى اليه اجتهاده والا أخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو سنتان واذا سمع الدعوى بسأل البائع أهى كاذر المشتري فان قال نعم رد على البائع بالتماس المشتري وان قال هى كذلك للعال وما كانت كذلك عندى توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للعال وان طلب المشتري عين البائع يحلف البائع فان حلف برئ وان نكل ردت عليه وان شهد للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحسان لانهما يمكن الاطلاع عليه ولا يمكن على الانقطاع الذى به دعيا وان أنكر البائع الانقطاع فى الحال هل يستخلف عند أبي حنيفة لا وعندهما يستخلف وهذا ينبوعن تقرير الكتاب وانما يوافق تقرير الهداية مانقله صاحب النهاية بعدما ذكره هذا ما ذكر عن فتاوى قاضيان اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشتري شهرا أو أربعمين يوما قال القاضى الامام ارتفاع الحيض عيب وادناه شهر واحد اذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يرد اذا ثبت انه كان عند البائع انتهى وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة أشهر ولا أكثر وينبغي أن يقول عليه وما تقدم خلاف بينهم فى استبراء ممتدة الطهر فعند أبي حنيفة وهو قول زفر سنتان وعند أبي يوسف ثلاثة أشهر وهو قول لابي حنيفة وعنه وهو قول محمد أربعة أشهر وعشر وفي رواية عن محمد شهران وخسة أيام وعليه الفتوى والرواية هناك ليست واردة هناك لأن الحكم هناك يستدعى ذلك الاعتبار فان الوطء ممنوع شرعا الى الحيضة لاحتمال الحمل فيكون ساقيا ماؤه زرع غيره فقد رة أبو حنيفة وزفر هناك بسنتين لانه أكثر مدة الحمل فاذا مضت اظهر انتفاؤه جاز ووطؤها هو أقيس وقدره محمد وأبو حنيفة فى رواية بأربعة أشهر وعشر لانها اعتبرت عدة المتوفى عنها زوجها وان فيها يظهر الحمل غالبالو كانت حاملا وقدره أبو يوسف بثلاثة أشهر لانها جعلت عدة التى لا تحيض والحكم هناك ليس الا كون الامتداد عيبا فلا يتجه اناطته بسنتين أو غيرها من المدد لان كونه عيبا باعتبار كونه يؤدى الى الداء وطريقا اليه وذلك لا يتوقف على مضى مدة معينة محاذ كرو بما ذكرنا ظهر أنه لا يحتاج فى دعوى الانقطاع للردية الى تعيين انه عن حمل أو داء فى الدعوى فان كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا الى الداء لانه لا يكون الا عن داء يتقدم عليه فلذا لم يتعرض فقيه النفس قاضيان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن أحد هما بل اذا ادعى الانقطاع فى أوانه فقد ادعى

أوانه والمعاودة على وجه لا يدوم فاذا جاوزت أقصى العدد وهو سبع عشرة سنة ولم تحض أو حاضت ولم ينقطع كان ذلك لدا فى بطنها والداء عيب ويعرف ذلك أى الارتفاع والاستمرار بقول الامه فان أنكر البائع ذلك لا ترد عليه الاجمعة ولا يقبل فيه قول الامه وحدها فيستخلف البائع فان نكل ترد عليه بنكوله سواء كان قبل القبض أو بعده فى ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة فى توجه الخصومة فقط وعن أبي يوسف انه ترد قبل القبض بقول الامه وبشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأ كد بخاز أن يفسخ بشهادتهن

قال المصنف (وهو الصحيح) أقول قال ابن الهمام احترز بقوله هو الصحيح عماروى عن أبي يوسف انه ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء انتهى وله كلام متعلق به بعد حقيقة

العيب ويكتفى شهر واحد فان به يتحقق الانقطاع في أوانه وهو العيب لانه ان كان في الواقع مسبباً عن  
 داء فهو عيب وطريقتا اليه فكذلك فيكتفى في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذي يجب أن يعزول عليه  
 والا فليما يظهر للطبيب داء بمدة الطهر وكثيرا ما يكون المدة طهرها شهرين وثلاثة صحبة لا يظهر بها  
 داء وهذا هو ظاهر الهداية التي ترى الى قوله ويعرف ذلك بقول الاممة وكذا قال الامام العتاني وغيره انما  
 يعرف ذلك عند المنازعة بقول الاممة لانه لا يقف على ذلك غيرها فلو كان اعتقاده لزوم دعوى الداء والحبل  
 في دعوى عيب الانقطاع لم يتصور أن يثبت بقولها حينئذ توجه اليه على البائع بل لا يرجع الى قول  
 الاطباء أو النساء فظهر ان ما ذكر في النهاية من لزوم دعوى الداء والحبل في دعوى انقطاع الحيض ثم انه  
 يحتاج في توجه الخصومة الى قول الاطباء أو النساء ليس تقر بما في الكتاب بل ما ذكره مشايخ آخرون  
 يغلب على الظن خطوهم وكذا ما ذكره من جعل هذه وزان المشتراة بكرة على قول أبي حنيفة وأبي  
 يوسف انه اذا قال المشتري ابست بكرة وقال البائع بكرة في الحال فان القاضي يرمي النساء فان قلن هي بكرة  
 لزم المشتري من غير عيني البائع لان شهادتهن تأيدت بمؤيدها وان قلن هي ثيب لا يثبت  
 حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمتكم ابستم البيع وهي بكرة ان كان بعد القبض وان كان قبله  
 حلف أنما بكرة غير موافق لان العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوبه عليه الميمن ويقضى  
 بالنسكول على ما في الكتاب والعتابي وغيرهما وفي البكارة لا بد من رؤية النساء وكيف ولا طريق الى  
 استعلام الانقطاع الا قولها بخلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع فيها الى قولها واذا عرف هذا فقول  
 المصنف هو الصحيح ان كان احترازه عن قول أبي يوسف انه ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وما  
 ذكرنا عن محمد فغير مناسب فان ما عن أبي يوسف ومحمد في ذلك انما هو في دعوى البكارة والرتق والقرن  
 وقياس هذه عليها غير صحيح اذ لا يعرف ذلك الا من النساء وقول النساء هنا انما منقطعة الحيض غير معتبر  
 وقد ذكرنا ان الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا لا تقبل اذ لا يطلع عليه وترتيب الخصومة على ما في  
 الهداية وقاضيان والعتابي وهو ما صححناه أن يدعى الانقطاع في الحال ووجوده عند البائع فان اعترف  
 البائع به ما ردت عليه وان أنكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية فان ذكرت  
 انها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده فان نكل ردت عليه وهذا قول المصنف ترد اذا  
 انضم اليه نسكول البائع ولو اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع في الحال فاستخبرت فانكرت الانقطاع  
 والغرض أن لا تقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فقد صرح في النهاية بما قد مناه من أنه اذا أنكر الانقطاع  
 في الحال لا يستحلف عند أبي حنيفة ويستحلف عندهما ويجب كون الاستحلاف على العلم بالله ما يعلم  
 انها منقطعة عند المشتري فان نكل اتجهت الخصومة وان حلف تعذرت ولعمري فلما يحلف كذلك الا  
 وهو باز من أن يزنله العلم بأنها عند المشتري لم تحض وكان المذكور في النهاية مبني على ما ذكره في صورة  
 الخصومة وأما على ما في الهداية فان القول قولها في الانقطاع ويمكن أن يجري فيه أيضا وهذا تعداد  
 للعيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب لا عن بائن والنسكاح عيب فيهما وكثرة الخيلان وحجرة الشعر  
 اذا خشت بحيث يضرب الى البياض وكذا الشمط في غير أوانه دليل الداء وفي أوانه دليل الكبر والعشا  
 أن لا يبصر ليلا والسن الساقطة ضرسا أو غيره وسواد الظفر والعسر وهو أن يعمل يساره ولا  
 يستطيع العمل يمينه بخلاف أعسر يسره وهو أن يعمل يمينه ما فاته زيادة حسن والقشم وهو يوسه  
 الجلد وتشيخ في الأعضاء والغرب وهو ورم في الاماقي وربما يسجل منه شيء فيصير صاحبه كصاحب  
 الجرح السائل والحول والحوص نوع منه والشترو هو انقلاب الجفن وبه سمي الاشترو الظفر هو بياض  
 يبدو في انسان العين وجرب العين وغيرها والشعر والقبل في العين ومنه قول الشاعر يصف خيلا  
 \* تراهن يوم الروع كالحد القبل \* والماء في العين والسبل والسعال القديم اذا كان عن داء فأما

(قال واذا حدث عند المشتري

عيب) اذا حدث عند المشتري

عيب بآفة سماوية أو

غيرها ثم اطلع على عيب

كان عند البائع فله أن يرجع

بنقصان العيب بأن يقوم

المبيع سليما عن العيب

القديم ومعيبا به فما كان

بينهما من عشر أو ثمن أو

سدس أو غير ذلك يرجع به

عليه (ولا يرد المبيع لأن في

الرضا ضرارا بالبائع) بخروج

المبيع من ملكه سليما من

العيب الحادث وعوده إليه

معيبا به والاضرار ممتنع (ولا

يضمن دفع الضرر عنه) أي

عن البائع ويجوز أن يعود

إلى المشتري لأنه أيضا يتضرر

بالمعيب لأن مطلق العقد

يقضي السلامة والرجوع

طريق صالح للدفع فتعين

مدفعا إلا أن يرضى البائع

أن يأخذه بعيبه الحادث

لأنه يرضى بالضرر والرضا

اسقاط لحقه كما أن للمشتري

أن يرضى أن يأخذه بعيبه

القديم فان قيل أين قولكم

الأوصاف لا يقابلها شيء

من الثمن أجيب بانها اذا

صارت مقصودة بالتناول

حقيقة أو حكما كان لها حصة

من الثمن وههنا كذلك كما مر

قال المصنف (ولا يضمن

دفع الضرر عنه) أقول

أي عن البائع ويجوز أن

يعود إلى المشتري والثاني

أولى عندى فان ما يتعلق

بحال البائع ثم عند قوله

فامتنع كالأجنبي

(قال واذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لأن في الرضا ضرارا بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضى بالضرر

القدر المعتاد منه فلا والعزل وهو أن يعزل ذنبه إلى أحد الجانبين والمشش وهو ورم في الدابة له صلابة والقدح وهو أعوجاج في مفصل الرجل والفجج وهو تباعد ما بين القدمين والصلك وهو صل أحدى ركبتيه بالآخرى والرتق والقرن والعفل وهو امتلاطم الفرج والسلعة والقروح وآثارها والدخس وهو ورم يكون باطراف حافر الفرس والجمار والخنف وهو ميل كل من أهدمى الرجل إلى أخرى وقال محمد بن الأعرابي الاحتف الذي عشى على ظهر قدميه وتناسل شعر الرأس والصدف وهو التواء في أصل العنق وقيل ميل في البدن والشدق سعة مقرطة في الفم والتخنت قيل اذا خش أو كان يأنى بأفعال رديئة والحق وكونها مغنيسة وشرب الغلام وترك الصلاة وغيره من الذنوب وقلة الأكل في البقرة ونحوها وكثرته في الإنسان وقيل في الجارية عيب لا الغلام ولا شك أنه لا فرق اذا أقرط وعدم المسيل في الدار والشرب للارض وكذا ارتفاعها بحيث لا تنسق إلا بالسكر وكون الجارية محترقة الوجه لا يدرى حسنهما من فهمها بخلاف ما اذا كانت دمية أو سوداء والعثار في الدواب ان كان كثيرا فاحشا وكذا كل العذار والجوح والامتناع من اللجام وكذا الحرن عند العطف والسير وسيلان الألباب على وجه يسيل الخلاء اذا علق عليه فيها وكثرة التراب في الخنطة ترد به بخلاف ما اذا كان معتادا ليس له أن يميز التراب ويرجع بحصته وكذا الراشترى خفا أو مكعبا ليس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب ولو باع سويفا ملئوا على أن فيه كذا من السمن أو قيصا على أن فيه عشرة أذرع والمشتري ينظر إليه ويظهر خلافه فلا خياره (قوله واذا حدث عند المشتري عيب) بآفة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب وليس له أن يرد المبيع لأن الرضا ضرارا بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالما) فلو أزمناه به معيبا يتضرر (ولا بد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه) الحادث عند المشتري فله ذلك (لأنه رضى بالضرر) وما كان عسدم الزامه المبيع إلا لدفع الضرر عنه فاذا رضى فقد اسقط حقه اللهم إلا أن يمتنع أخذه إياه لحق الشرع بان كان المبيع عصيرا فتمتع عند المشتري ثم اطلع على عيب فانه لو أراد البائع أن يأخذه بعيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من غليظ الخلل وتلكها ومنعها من ذلك حق الشرع فلا يسقط براضيه ما على أهله كالأوصاف على بيع الخمر وشرا ثم افان قيل ينبغي أن يرجع جانب المشتري فيرجع بالنقصان ويرد المبيع لأن البائع دلس عليه فكان مغرورا من جهته أجيب بأن المعصية الصادرة عنه لا تنفع عصمة ماله كالمغصوب اذا عمل في الذنوب المغصوب الخياطة أو الصبغ بالجمرة لأن الظالم لا ينظم والضرر عن المشتري يندفع بآثبات حق الرجوع بحصة العيب فان قيل فقد تقدم أن الأوصاف لاحصة إلهام الثمن بانفرادها أجيب بأن اعتبر أصولا ضرورية جبرحتى المشتري والاي مدر كما صيرت أصولا بالقصد من اتلافهما وكل ما يرجع بالنقصان فعنه أن يقوم العيب بدلا عيب ثم يقوم مع العيب وينظر إلى التفاوت فان كان مقدرا عشر القيمة يرجع بعشر الثمن وان كان أقل أو أكثر فعلى هذا الطريق ثم الرجوع بالنقصان اذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري أما اذا كان بفعل من جهته كذلك كان قتل المبيع أو بابعه أو وهبه وسله أو أعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له حق الرجوع بالنقصان وكذا اذا قتل عند المشتري خطأ لأنه لما وصل البديل إليه صار كأنه ملكه من القاتل بالبديل فكان كالأوصاف بابعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع (فرع) لا يرجع بالنقصان اذا أبقى العبد مادام حيا عند أبي حنيفة وبه قال الشافعي

قال (ومن اشترى ثوبا فاقطعه) ومن اشترى ثوبا فاقطعه (فوجد فيه عيبا يرجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع) الذي هو عيب حادث لا يقال البائع يتضرر برده معيبا والمشتري بعد عدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لان البائع غره بتدليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع خصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لهما وفي الزام الرد بالعيب الحادث اضرار للبائع لان الفعل باشره وفي عدم الردوان كان اضرار بالمشتري لكن العجز بما باشره فكأنساواه فاعتبر ما هو انظر لهما لا اذا قال البائع انا قبله كذلك فان ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضى به فكان اسقاطا لحقه فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشترى بعيرا فخره فلما شق بطنه وجد امعاءه فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبي حنيفة رحمه الله اجيب بأن النحر افساد لالبالية لصيرورة البعير به عرضة للثمن والفساد ولهذا لا تقطع يد السارق بسرقة فيختل معنى قيام المبيع فان باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب (١٦٠) لم يرجع بشئ لانه جاز أن يقول البائع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد متمعا برضا

قال (ومن اشترى ثوبا فاقطعه فوجد فيه عيبا يرجع بالعيب) لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث (فان قال البائع انا قبله كذلك كان له ذلك) لان الامتناع لحقه وقد رضى به (فان باعه المشتري لم يرجع بشئ) لأن الرد غير متمنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان (فان قطع الثوب وخاطه أو صبغه أجزأه ولو اتى السويق بيمين ثم اطلع على عيب يرجع بنقصانه) لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدون الزيادة لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بجميعة فامتنع أصلا (وليس للبائع أن يأخذه) لان الامتناع لحق الشرع للاحقه (فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب يرجع بالنقصان) لأن الرد متمنع أصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع

لان الرد موهوم فلا يصار الى خلفه وهو الرجوع بالنقصان الا عند الاياس من الاصل وعند أبي يوسف يرجع لتحقيق العجز في الحال والرد موهوم (قوله ومن اشترى ثوبا فاقطعه) يعني ولم يخطئه (ثم وجد فيه عيبا يرجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع لانه عيب حادث فان قال البائع انا قبله كذلك) أي مقطوعا (كان له ذلك لان الامتناع) أي امتناع رده (لحقه وقد رضى به) أي برده معيبا فزال المانع (فان باعه المشتري) أي بعد القطع بعد علمه بالعيب أو قبله (لم يرجع بشئ لان الرد لم يتمنع) بالقطع (برضا البائع) حين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعا (صار حابسا للمبيع) بالبيع (فان) كان المشتري (قطع الثوب وخاطه أو صبغه أجزأه ولو كان) المبيع (سويا فقلت له بيمين ثم اطلع على عيب يرجع بنقصانه لانه امتنع الرد بسبب الزيادة) المتصلة وانما امتنع (لانه لا وجه للفسخ في الاصل) أعني الثوب بدونها كالصبغ مثلا والخطاطة والسمن لانه لا ينفك عنه ولا الى الفسخ معها (لان الزيادة ليست بمبيعة) والفسخ لا يرد على غير المبيع لانه رفع ما كان من البيع فيسقط ما كان من المبيع والثن على ما كان فلو رده على الزيادة لزم الربا فان الزيادة حينئذ تكون فضلا مستحقا في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا أو شبهته وشبهه الربا يحكم الربا فلا يجوز (فامتنع أصلا وليس للبائع أن يأخذه) وان رضى المشتري بترك الزيادة (لأن الامتناع) لم يتمنع لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه باسقاط حقه لا يتعدى الى حق الشرع بالاسقاط واذا امتنع الرد بالفسخ (فلو باعه المشتري يرجع بالنقصان لان الرد)

البائع فان المشتري يصير بالبيع حابسا للمبيع ولا رجوع بالنقصان اذ ذلك لا يمكن رد المبيع وأخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه أو صبغه أجزأه ولو اتى السويق بيمين ثم اطلع على عيب يرجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما أن يرد على الاصل بدون الزيادة أو عليه معها ولا سبيل الى ثمن من ذلك أما الاول فلا تنفك عنه وأما الثاني فلان الزيادة ليست بجميعة والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة في حق الشرع لكونه با فليس للبائع أن يقول انا آخذه فنعين الرجوع بالعيب مدفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة

المصلحة المتولدة من البيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة يمكن تبعا للاصل لان الزيادة هنا تمتعت تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخطاطة واعلم أن الزيادة اما متصلة أو منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع أو غير متولدة فالمصلحة المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لا تمنع الرد في ظاهر الزاوية وغير المتولدة كالصبغ والخطاطة تمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثر تمنع منه لما من التعليل وغير المتولدة كالسبب لا تمنع لكن طريق ذلك أن يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما أن السبب ليس عيبا بحال لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان ولهذا كانت منافع الحر ما لا يمكن الحر ما لا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز أن تسلم له مجانا لما فيه من الربا فان باع المشتري الثوب المخطط أو الثوب المصبوغ بالحجارة أو السويق المثلوث بالسمن بعد ما رأى العيب يرجع بالنقصان لان الرد كان متمعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخطاطة كان حابسا للاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فان أخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون المبيع قائما

الردوان رضى به البائع فان  
أخرجه عن ملكه رجع  
بنقصان العيب وعن هذا  
أى عما قلنا إن المشتري متى

كان حابسا للمبيع لا يرجع  
بنقصان العيب ومتى لم يكن  
حابسا يرجع قلنا ان من اشترى  
ثوباً بقطعة لباس الولد الصغير  
وخطه ثم اطلع على عيب لم  
يرجع بالنقصان لان  
التملك حصل قبل الخياطة  
لانه لما قطعه لباسه كان  
واهباً له وقابضاً لاجله فتم  
الهبة بنفس الايجاب  
وقامت يده مقام يد الصغير  
فالقطع عيب حادث والمشتري  
الرجوع بالنقصان والبائع  
أن يقول أنا أقبله كذلك  
لكن باعتبار ان القطع للولد  
الصغير وهو تملك له صار  
حابساً للمبيع فيمنع الرجوع  
بالعيب وهذه نظير ما اذا  
باع بعد القطع قبل الخياطة  
وعلى هذا ذكرنا الخياطة في  
هذه المسئلة ليس يحتاج اليه  
الا أنه ذكرها مقابلة الصورة  
الثانية (ولو كان الولد كبيراً  
رجع بنقصان العيب) لان  
القطع عيب حادث فللمشتري  
الرجوع بالعيب وبالخياطة  
امتنع الرجوع حقاً للشرع  
بسبب الزيادة فبالتمليك  
والتسليم بعد ذلك لا يكون  
حابساً للمبيع لامتناع الرد  
قبله وهذه نظير ما اذا باعه  
بعد الخياطة والصبي والمثل  
(قال ومن اشترى عبداً

وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوباً بقطعة لباس الولد الصغير وخطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيراً يرجع لان التملك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه (قال ومن اشترى عبداً فاعنتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه)

لما امتنع لم يكن المشتري يبيعه جابساً له عن البائع (وعن هذا) الاصل وهو ان الرد اذا كان  
ممكناً فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لانه جابس وان كان مع عدم امكانه يرجع لانه غير جابس (قلنا  
ان من اشترى ثوباً بقطعة لباس الولد الصغير وخطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان) لان التملك  
من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلماً اليه وهو نائبه في التسليم فصار  
به جابساً للمبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان (ولو كان  
الولد كبيراً) والباقي بحاله (رجع) بالنقصان لانه لم يصير مسلماً اليه الا بعد الخياطة فكانت الخياطة على  
ملكه وكان امتناع الرد بسبب الزيادة التي هي الخياطة قبل اخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال  
بين أن يخرج عن ملكه بالمبيع أو الهبة أولاً في جواز الرجوع بالنقصان وهو معني ما في الفوائد  
الظاهرة من أن الاصل في جنس هذه المسائل أن كل موضع يكون المبيع قائماً على ملك المشتري ويمكنه  
الرد برضا البائع فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائماً على ملكه ولا  
يمكنه الرد وان رضى البائع فأخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان انتهى وهذا أصل آخر في الزيادة اللاحقة  
بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبي والخياطة  
والمثل بالسمن والغرس والبناء وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافاً للشافعي وأحمد ولو قال البائع انا  
أقبله كذلك ورضى المشتري لا يجوز لما ذكرنا من حق الشرع للربا ومن المتصلة غير المتولدة ما لو كان  
حنطة فطحها أو لحافاً شواء أو دقيقا فخبزها فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لانه ليس بجابس للمبيع بل  
امتنع قبل البيع لحق الشرع وفي كون الطحن والشئ من الزيادة المتصلة تأمل والمتولدة من الاصل  
كالسمن والجال والنجلاء بياض العين لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لان الزيادة تمحضت تبعاً للاصل  
بتولد هانئه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة أصلاً والمنفصلة المتولدة منه كلوله والبن  
والثمر في بيع الشجر والارث والعقر وهي تمنع الرد بغير الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها ولا يمكن  
التبعية للانفصال فيكون المشتري بالخيار قبل القبض ان شاء ردهما جميعاً وان شاء رضى بهما جميعاً  
الثن وأما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بمحضته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت  
العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته ألفاً وقيمة الزيادة مائة والثن ألف سقط  
عشر الثمن ان رده وأخذ تسعة وعشرين غير متولدة منه كالكسب وهي لا تمنع بحال بل يفسخ العقد في الاصل  
دون الزيادة ويسلم له الكسب الذي هو الزيادة وهو قول أحمد والشافعي رحمه الله وفيه الحديث الذي  
ذكرناه أول الباب الذي فيه قول البائع انه استغل غلامى فقال صلى الله عليه وسلم الخراج بال ضمان  
وجعل الشافعي وأحمد حكم المنفصلة المتولدة في حكم الكسب لا مكان الفسخ على الاصل بدونها  
والزيادة للمشتري ونحن نفرق بين الكسب الذي تولد من المنافع وهي غير الايمان ولذا كانت منافع الحر  
ما لامع ان الحر ليس بحال والعبد المكسوب للكاتب ليس مكاناً والولد تولد من نفس المبيع فيكون له  
حكمه فلا يجوز أن يسلم له مجاناً لما فيه من شبهة الربا ولو هلكت الزيادة بأقعة سماوية ثبت له الرد كأنها  
لم تكن وبه قال الشافعي قبل الحكم بالارث وانما قيد المصنف بقوله أجزلتكون زيادة بالاتفاق فان  
السواد عنده نقص كما ستعلم فهو كالمقطع وانتفاص المبيع في يد المشتري يمنع الرد بأي سبب كان  
بالاتفاق (قوله ومن اشترى عبداً فاعنتقه) المشتري (أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان

( ٢١ - فتح القدير خامس ) فاعنتقه) اشترى عبداً فاعنتقه (أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان

أما الموت فلا أن الملك ينتهي به) أي يتم وكل ما انتهى فقد لزم الامتناع الردي حيث وفيه اضطرار للمشتري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر فان قيل قوله (والامتناع حكى لافعله) يدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبح الثوب أجزر فانه امتنع الردي بفعله ويوجب الرجوع بالعيب أوجب بأن امتناع الردي هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا ورد بأنه حيث يجب أن يقول والامتناع حكى لافعله الذي لا يوجب الزيادة والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في المبيع بما حصل من فعله من وجود الزيادة في المبيع لافعله وأما الاعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب بسبب تعذر الرد كان حاسبا حكما فكان في يده يحبس به ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي (١٦٢) الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادعى ما خلق في الاصل محلا للملك

وانما ثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق انهاء كالموت (قوله وهذا) أي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر فصار حاسبا ألا ترى ان الولاء ثبت بالعتق والولاء ثمر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك (والتمديد والاستيلاء بمنزلة الاعتاق) لان النقل الى ملك البائع تعذر بالرد بالامر الحكيم مع بقاء المحل والمالك فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منه دونهما فالجواب ان الانتهاء يحتاج اليه لتقرر الملك بجعل ما لم يكن كائنا وههنا الملك متقرر فلا حاجة اليه (وان أعنته على مال) أو كاتبه (لم يرجع بشئ)

أما الموت فلا أن الملك ينتهي به والامتناع حكى لافعله وأما الاعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادعى ما خلق في الاصل محلا للملك وانما ثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاء بمنزلة لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكيم (وان أعنته على مال لم يرجع بشئ) لانه حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض (فان قتل المشتري العبد

لانه حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة انه يرجع لان الاعتاق انهاء للملك وان كان بعوض (أو لان المال فيه ليس بأمرأى لي بل من العوارض ولهذا ثبتت الولاء به وان قتل المشتري العبد

(قوله فان قيل قوله والامتناع حكى الى قوله لا يرجع بالنقصان) أقول ان أراد دلالة هذه العبارة على كون الامتناع بفعله سببا مستقلا لعدم الرجوع فهو ممنوع وان أراد دلالة على سببية في الجملة ولو بانضمام شرط أو رفع مانع فسلم ولا يرد النقض والرد الذي أوردته على جوابه ولك أن تقول الباء فيه للاستيلاء ولا يلزم الاطراف فتأمل وأنت خير بانه لو أورد النقض على قوله لان الامتناع بفعله لكان أظهر اذ لا يرد حيث شذما وأردناه والحق أن يقال في الجواب عدم الرد أقول أنت خير بأن عبارة الجواب السابق لا تأتي عن الجمل على هذا المعنى (قوله فصار حاسبا) أقول فيه بحث لعدم مناسبة المقام (قوله فالجواب أن الانتهاء يحتاج الخ) أقول فيه بحث فان مراد القائل كيف يكونان كالاعتاق ولا يجري فيهما وجه الاستحسان فيقيان على القياس فتأمل

المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف انه (١٣٣) يرجع وذكر في النبايع قول محمد معه لان

قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ديني يفيد بدلا كالتقصاص والدية فصار كالموت عرض على فراشه وقد تقدم حكمه وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج أى مبطل وسقوط القصاص والدية عن المولى

في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن أحد الشريكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصربه مستقضا فيمنع الرجوع واذا كان المبيع طعاما فأكله أو ثوبا فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند أبي حنيفة استحسانا وعندهما يرجع لانه فعل بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبهه الاعتاق ولا يلاي حنيفة رحمه الله ان الرد تذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع أو قتل وذلك لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له والجواب عن قولهم انه لا معتبر بكونه مقصودا لان المبيع مما يقصد بالشراء

أو كان طعاما فأكله لم يرجع بشئ عند أبي حنيفة رحمه الله أما القتل فالمد كور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع ( لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ديني فصار كالموت حتم أنفه فيكون انما وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجد الا بموجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبد امشركا أو أما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبهه الاعتاق وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبهه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا لا يرى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فان أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشيء واحد فصار كببيع البعض

(أو كان) المبيع (طعاما فأكله لم يرجع بشئ) عند أبي حنيفة رضي الله عنه أما القتل فالمد (كور) من عدم الرجوع فيه (ظاهر الرواية) عن أصحابنا (وعن أبي يوسف انه يرجع) وذكر صاحب النبايع ان محمد معه وهو قول الشافعي وأحد (لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ديني) من قصاص أو دية (فيكون كالموت حتم أنفه) وانما يتعلق به حكم الآخرة من استحقاق العقاب اذا كان بغير حق (ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا) قال صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج أى مهدر (وانما يسقط الضمان) عن المولى (بسبب الملك) وكذا لو باشره في غير ملكه كان مضمونا ولما يسقط الضمان عن المولى (صار كالمستفيد بالعبد عوضا) هو سلامة نفسه أن كان عبدا وسلامة الدية للمولى ان كان خطأ فكان كآبائه بآبائه (بخلاف الاعتاق) لانه ليس بفعل مضمون لانه لا يملك الغير لا ينفذ وعق أحد الشريكين ان نفذ لا يتعلق به ضمان اذا كان معسرا بل اذا كان موسرا على تقدير فلم يوجب به بذاته فلم يستفد أى لم يلزم استفادته بالاعتاق عن ملكه شيئا حقيقة ولا حكما (وأما الاكل فعندهما يرجع به) وبه قال الشافعي وأحمد وفي الخلاصة عليه الفتوى وبه أخذ الطحاوي (وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق) ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع (لهما انه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه) من الاكل واللبس حتى انتهى الملك به (فيكون كالاعتاق) بخلاف القتل والاحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتادا غرضا من الشراء مقصودا به (وله انه أتلفه بفعل مضمون منه) لو وجد في غير ملكه غير انه سقط أى انتفى الضمان للملك فكان كالمستفيد به عوضا (كالقتل) فلا يرجع (ولا معتبر بكونه مقصودا) بالشراء لانه وصف طردى لا أثر له في اثبات الرجوع (ألا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع) وجعل المصنف قول أبي حنيفة استحسانا مع تأخير جوابه عن دليلهما فيفيد مخالفته في كون الفتوى على قولهما وأورد عليه القطع والخياطة فانهما موجبان للضمان في ملك الغير مع انه يرجع بالنقصان فيهما أوجب بأن امتناع الرد فيه مالحق الشرع لآلفه ولا كذلك هنا فانه امتنع لفعله لاحق الشرع وهذا يتم في الخياطة لازادة أما في مجرد القطع فلا يتم ولذا الوجه له البائع مقطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا ومصبوغا بغير السواد (قوله ولو أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده) يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان فيما أكل (لان الطعام كشيء واحد) حتى كان رؤيته بعضه كروية كله يسقط الخيار (فصار كالموابع بعضه) ثم اطلع على عيب فانه يبطل حقه في الرجوع من غير قول زفر فانه قال يرجع بنقصان العيب في الباقي الا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بخصته من الثمن وعنهما روايتان رواية أنه يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي

ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وان أكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فصار كببيع البعض

قال المصنف (ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد) أقول ولقائل أن يقول المعتق يستفيد باعتاق الولاء فلم يجعل مستقضا

وعن أبي يوسف ومحمد رحمه الله روايتان في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فأكل البعض أولى وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله وفي بيع البعض عنهم روايتان في أحدهما لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة وهو المذکور ههنا لان الطعام شيء واحد فيبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الأخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبار البعض بالكل قال (ومن اشترى بيضا أو بطيخا) اذا اشترى بيضا أو بطيخا (أو قثاء أو جوزا) أو شيئا من الفواكه (فكسره) غير عالم بعيبه (فوجد الكل فاسدا) (١٦٤) بان كان منتقيا أو مراءيا لم يحمي لا يصلح لأكل الناس ولا لعلف الدواب

ولم يتناول منه شيئا بعد مذاقه (فله أن يرجع بالثمن كله) لانه تبين بالكسره انه ليس بمال اذا لمال ما ينتفع به إما في الحال وإما في المال والمذکور ليس كذلك وتفتن من القيود باضدادها فانه اذا كسره عالم بعيبه صار راضيا واذا صلح لأكل بعض الناس أو الدواب أو وجدته قليل اللب كان من العيوب لا من الفساد وان تناول منه شيئا بعد مذاقه صار راضيا واذا لم يكن مالا لا يكون محللا للبيع فيكون باطلا فان قيل التعليل صحيح في البيض لان قشره لا قيمة له وأما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز أن يكون العقد صحيحا في القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض مشايخنا أجاب المصنف بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على

وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنه ما أنه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض (قال ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا فكسره فوجد فاسدا فان لم ينتفع به يرجع بالثمن كله) لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليتيه باعتبار اللب (وان كان ينتفع به مع فساد له يرد) لان الكسر عيب حادث (و) لكنه (يرجع بنقصان العيب) دفعا للضرر بقدر الامكان

ورواية يرد ما بقي لان الطعام لا يضره التبعض فكان قادرا على الرد كما أخذه ويرجع بنقصان فيما أكل هكذا ذكر المصنف وهو نقل القسري في كتاب الترتيب وفي شرح الطحاوي ان الاول قول أبي يوسف قال يرجع بالنقصان في الكل الا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن وان الثاني قول محمد قال وكان الفقيه أبو جعفر يفتي بقوله وهو اختيار الفقيه أبي الليث وفي شرح الجمع قال أبو يوسف يرد ما بقي ان رضى البائع لان استحقاق الرد في الكل دون البعض فيتموقف على رضاه وقال محمد يرد ما بقي وان لم يرض لما ذكرنا ان التبعض لا يضره وفيما لو باع البعض عنه ماروايتان في رواية لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فيبيع البعض كبيع الكل وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع وفي المجتبى عن جع البخاري أكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يفتي ولو أظمه ابنه الكبير والصغير وأمر أنه أو مكانه أو ضيفه لا يرجع بشيء ولو أظمه عبده أو مديبره أو أم ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى دقيقا فخر بعضه وظهر أنه مرد ما بقي ويرجع بنقصان ما خبز هو المختار ولو كان سمنا ذائبا فأكله ثم أقر البائع انه كان وقعت فيه فأراده يرجع بالنقصان عندهما وبه يفتي وفي الكفاية كل تصرف يسقط خيار العيب اذا وجدته في ملكه بعد العلم بالعيب فلا رد ولا أرض لانه كالرضائه (قوله ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا) أو قرعا أو فاكهة (فكسره) غير عالم بالعيب (فوجد فاسدا فان لم ينتفع به) كالقرع المر والبيض المذر (رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا) بخلاف ماله كسره عالما بالعيب لا يرد (ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره) بأن كان في موضع يعزفه الحطب وهو مما يشترى للوقود (على ما قيل) من انه اذا كان كذلك يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لان العقد فيه صاف محله (لان ماليتيه الجوز) قبل الكسر ليس الا (باعتبار اللب) واذا كان اللب لا يصلح له لم يكن محل البيع موجودا فيظهر ان العقد وقع باطلا واختاره المصنف وأشار اليه الامام السرخسي (وان كان ينتفع به مع فساد) بأن يأكله الفقراء أو يصلح للعلف يرجع بحصة العيب لان الكسر عيب حادث عند المشتري (فيمنع الرد فيرجع بالنقصان الا أن يتناول شيئا منه بعد العلم

ما قيل لان ماليتيه الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فلا يقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا اذا كان المبيع بيضا النعامة فوجدته فاسدا بالكسر مذكور ذكر بعض المشايخ أنه يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف لان ماليتيه بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا واذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرد له عيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان من الجانبين (قوله وان تناول منه شيئا بعد مذاقه صار راضيا الخ) أقول فيه بحث فانه اذا لم يكن مالا وكان بيعه باطلا لا يفيد رضاه صحة البيع كالورضي بشرائه المينة والدلم حيث لا يصححه الشرع رضاه فالتقييد بما لا يستلزم الرضا ضائع بل محل كالاختي على المتأمل

وقال الشافعي رحمه الله يرد له لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لاني ملكه فصار كما اذا كان ثوبا باقطة ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يتخلو عن قليل فاسد والقليل لا يتخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثني في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد (قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رده عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقراره أو بينة أو باععيين له أن يرد على بائعه) لانه فسح من الاصل فجعل

فلا يرجع بشئ ولذا قال الخوافي هذا اذا رده فوجده كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعد ما رده فلا يرجع بشئ وأما اذا اشترى بيض نعامة فوجدها مذرذرة كره بعض المشايخ في شرح الجامع أنه يرجع بنقصان العيب وهذا يجب أن يكون بلا خلاف لان مالبة بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا وقول المصنف (وقال الشافعي يرد) يعني اذا وجده بعد الكسر بحيث يتفجع به اطلقه وفي شرح الاقطع قبله بما اذا كان الكسر مقدارا لا يعلم العيب الا به فله الرد في الصحيح من قوله انتهى وليس هذا التفصيل عندنا ولا في قول آخر للشافعي ثم وجه قول الشافعي على ما في الكتاب ان هذا الكسر بتسليط البائع فكأنه كسره بنفسه (قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لاني ملكه فصار كما اذا كان) المبيع (ثوبا باقطة) المشتري ثم اطاع على عيب فانه لا يرد مع انه سلطه على قطعه بالبيع فعرف بالاجماع على انه لا يرد وفي مسألة القطع ان تسليطه هذا يرد وان التسليط المعتبر به هو ما لو سلطه ان يكسره وهو في ملكه أي ملك البائع بأن أمره بكسره فذلك هو التسليط المانع من الضمان على الكاسر وأما البيع فتسليط للمشتري على أن يكسره في ملك نفسه ولا أثر له في نفي ولا اثبات (ولو وجد البعض فاسدا فان كان قليلا جاز البيع استحسانا لان كثيرا) من الجوز والبيض (لا يتخلو عن قليل فاسد) فكان كقليل التراب في الخنطة والشعر فلا يرجع بشئ أصلا وفي القياس بقصد وهو ظاهر (وان كان كثيرا لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد) في صفقة واحدة ولا نص في المسئلة ولكن فيه ضرورة ظاهرة وقال المصنف في القليل انه كالواحد والثني وفي النهاية أراد بالكثير ما وراء الثلاثة لاما زاد على النصف وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز فمغفوا قال لان مثل ذلك قد وجد في الجوز فصار كالشاهد يعني عند البيع ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة غاوية اختلفوا فيه فيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها بالنصف الثمن بالاجماع وقيل يفسد في الكل بالاجماع لان الثمن لم يفسد وقيل العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة لانه يصير كالجمع بين الحي والميت في البيع وعندهما يصح في الخمسة التي فيها بالنصف الثمن وهو الاصح لان هذا يعني الثمن المفصل عندهما فان الثمن يتقسم على الاجزاء لا على القيمة (قوله ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رده عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي (د) سبب اقراره) بالعيب انه كان عنده ووجد عند المشتري منه وهو المشتري الآخر (أو بينة) على ذلك لانكاره العيب أو بسبب نكوله عن البين على العيب (فانه لا يرد على بائعه) الاول يعني له أن يخصم الاول ويفعل ما يجب معه الى أن يرد عليه وقيد في المبسوط بما اذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الاول أما اذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الاول لم يذكره في الجامع وانما ذكره في اقرار الاصل فقال ليس للمشتري الاول أن يخصم مع بائعه بالاجماع لان المشتري الاول لم يصرمكنا فيما أقر به ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقر به فبقي اقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد هذا وانما يرد على ذلك التقدير لان الرد بهذا الطريق (فسح من الاصل) يعني من كل وجه (لجعل

المشتري لاني ملك البائع لانه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولا يثبت عليه فصار كما اذا باع ثوبا باقطة ثم وجده معيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان حصل التسليط منه لكونه هدر او لو وجد البعض فاسدا فالفاسد اما أن يكون قليلا كاثني في المائة أو كثيرا كما فوقه ففي الاول جاز البيع استحسانا وليس له أن يخصم البائع لاجله لانه عند الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعناد والجوز في العادة لا يتخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مقدس للعقد كالجمع بين الحر والعبد قال (ومن باع عبدا فباعه المشتري) ومن باع عبدا فباعه المشتري (ثم رده عليه بعيب (ف) اما ان قبل بقضاء القاضي) أو بغير قضاء فان كان الاول فاما أن يكون باقراره ومعنى القضاء في هذه الصورة ان الخصم ادعى على المشتري الأفراد بالعيب والمشتري أنكر ذلك فأثبت الخصم بالبينة وانما احتج الى هذا التأويل لانه اذا لم يشكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب (لانه فسح من الاصل فجعل

البيع كأن لم يكن غاية الامر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فأثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رداعلي الموكل لأن البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثاني والاول لا يفسخ

البيع كأن لم يكن) وقد اطلع على عيب فله أن يخاصم فيه اذ لا مانع من ذلك وما يخال ما تعامنه وهو أن القضاء بالبينة والتسكول فرع انكاره العيب فخصومته البائع الاول فيه يكون مناقضا فلا تسمع خصومته ولذا قال زفر انه لا يرد عليه للتناقض المذكور وكذا بالاقرار فان معناه على ما فسره المصنف ان يدعى عليه انه أقر بالعيب فينكر الاقرار فيشهد عليه بالاقرار فان اقراره غير مقطوع به لجواز كذب الشهود ووجههم ولهذا القول بعد الرد ليس به عيب لا يرد على البائع الاول بالاتفاق أجاب المصنف عنه بقوله (لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء) فان عدم انكاره العيب هذا بعد تسليم ان انكاره ظاهر في الصدق والايجوز كونه لدفع الخصومة فان كثيرا من الناس يفعلون فصار ظاهرا يعارض ظاهرا الديانة المقتضية لصدقه ثم لو كان ظاهرا في صدقه فقد ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع اياه بخلاف قوله لا عيب به بعد الرد لانه لا مكذب له وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مؤاخذا في حق نفسه بزمه وهي الدافعة لخصومته البائع الاول وقوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله له أن يرد لان المعنى له أن يخاصم فيرده بخلاف الوكيل بالبيع اذ ارتما باعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء بالبينة أو باباءه من المأمور بالعيب كذا لفظ الجامع حيث يكون رداعلي الموكل من غير حاجة الى خصومة والرد عليه بالخصومة لان ذلك عند تعدد البيع حتى يكون البيع الاول قائما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج الى الخصومة في الرد وهذا البيع واحد فاذا ارتفع رجع الى الموكل من غير تمكلف زيادة وقد عثر الاسلام بعيب لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة وباباءه البين والاقرار في عيب لا يحدث مثله أما في عيب يحدث مثله يرد بالبينة وباباءه البين ولا يرد المأمور مع الاقرار لان اقرار المأمور لا يسمع على الامر ومعنى اشتراط البينة أو التسكول أو الاقرار والفرض انه لا يحدث مثله انه اذا اشبهه على القاضي ان هذا عيب قديم أولا أو علم انه لا يحدث مثله في مدة شهر ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشتري الى اقامة البينة أو غيرها من الحجج ان تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي حينئذ ان العيب كان في يد البائع فيرده عليه أما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى شيء من ذلك فيكون الرد على الوكيل رداعلي الموكل بلا زيادة خصومة وقد اعترض قول محمد انه يتسكول الوكيل يلزم الموكل فان التسكول بذل عنده اقرار عندهما وبذل الانسان لا يثبت في حق غيره واقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الامر في عيب يحدث مثله أجيب بأنه ليس حقيقة بل جار مجراء ألا ترى انه لو ادعى بمال على عبد ما ذون له في التجارة فأنكر ونكل عن البين يحكم عليه به مع أن بذل المال لا يجوز الا في نحو الضيافة البسيرة وكذا عندهما لو نكل عن البين في كل حكم كان له أن يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ولو كان اقرار المالك الرجوع عنه والنفي اذا أجرى مجرى الشيء لا يلزم كونه مجرى مجراء من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الاقرار عند أبي يوسف لا وعند محمد نعم وتظهر ثمرته فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف لو ادعى دارا في يد رجل فأنكر ونكل وقضى القاضي للمدعى بها ثم أقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من المدعى قال يسمع للقاضي بينته وترد الدار عليه ولو أقام انه اشتراها من رجل آخر لا تقبل وقال محمد بن جماعة لا تقبل في الوجهين والتسكول بمنزلة الاقرار وأبو يوسف يقول ليس بصريح الاقرار فيقبل وفي الايضاح ان رداعلي الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله أولا لا يحدث مثله لان هذا الفسخ علة جديدة في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى يعني

البيع الثاني كالمعدوم) والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب (قوله غاية الامر) إشارة الى جواب زفر عما قال اذا بخد العيب ليس له أن يدعى على البائع الاول ان به عيبا لكون كلامه متناقضا ووجهه ان غاية امر المشتري انكاره قيام العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا وأقر أن البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحققه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن (قوله وهذا بخلاف الوكيل) إشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك رداعلي الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس رداعلي البائع ووجهه أن البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رداعلي الموكل وفيما نحن فيه يعان وبردأحدهما لا يرتد الآخر

قال المصنف (لكنه صار مكذبا شرعا) أقول قال ابن الهمام وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مؤاخذا في حق نفسه بزمه وهي الدافعة لخصومته للبائع الاول اه وفيه بحث

(وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يرد) لانه يبيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما  
والاول ثالثهما

الفسخ الذي بلا قضاء وقوله (وان قبل) يعني المشتري الاول (بغير قضاء القاضي) بل برضاه (لا يرد)  
على بائعه هـ هذا هو الشق الثاني من تردد المسئلة وحاصلها ان من اشترى عبدا أو غيره فباعه فرد عليه  
بغيب بقضاء بأحد الوجوه الثلاثة كان له أن يرد على البائع الاول خلافا لرواين قبله بالتراضي ليس له  
أن يرد عليه لان الرد بالتراضي يبيع جديد في حق الثالث والبائع الاول ثالثهما كأن المشتري الاول  
اشترى من المشتري الثاني ولو اشترى المشتري الاول من المشتري الثاني لم يكن له أن يرد على الاول فلا  
خصوصية فكذا هذا ولهذا لو كان على المشتري الاول في الدار شفعة فأسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد  
بغيب بالتراضي تجدد للشفيع حق الشفعة كان المشتري الاول اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق  
الخصوصية في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يرد اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالغيب عنده يرفع  
العقد من أصله نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالقضاء والرضا ونحن بينا الفرق بأنه بالقضاء فسخ  
و بالتراضي جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول  
أو الاقرار بالغيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعا في حق ثالث  
أجيب بأن المسئلة فيما أفر بالغيب وأبى القبول فرد عليه القاضي جبراً فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم  
الرضا وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة عليه به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضى بالغيب فلا يرد على  
بائعه واستشكل على هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل مسائل احدها المبيع لو كان عقاراً لا يبطل  
حق الشفيع في الشفعة ولو كان الرد بالغيب بالينة فسخا من الاصل بطل حق الشفيع لبطلان البيع  
من الاصل والثانية ما اذا باع أمته الجبلى وسلمها فردت بغيب بقضاء ثم ولدت ولدا فادعاه أبو البائع  
لأنصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسخا من الاصل صحت كالأول ببيعها لابن فادعاه الأب والثالثة ما لو أحال  
غيره بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بغيب بقضاء لا تبطل الحوالة ولو كان فسخا من الاصل بطلت  
أجيب ببيان المراد وهو أن محمد اذا كرفى مواضع أن بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك  
الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى ألا ترى أن من وهب مال الزكاة الى رجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع  
في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكاة باعتبار ما مضى ولا يجعل الموهوب عائداً الى قديم ملك  
الواهب في حق زكاة ما مضى من الحول وكذا الرجل اذا وهب داراً لا خروسلها اليه ثم بيعت دار بجنبها  
ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل  
كأن الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له أن يأخذها بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل  
المدكورة عليه أما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتاً قبل الرد وحكم الرد ينظر فيما يستقبل لا فيما  
مضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق  
على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة وكذا المسئلة  
الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا ينظر حكم الرد في بطلانها ولا في صحتها لا تستدعي عندنا دينا  
على المحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام قول القائل الرد بقضاء فسخ وجعل العقد كأن لم يكن متناقض  
لان العقد اذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم  
العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه لكن  
يقال العقد كأن لم يكن على التفسير الذي قلنا وفي بعض المواضع قيده بعضهم بما اذا كان المبيع من غير  
النقود أو ما مناه فلا وذلك لمسئلة نقلها في الحيط من المنتقى أن من اشترى ديناراً بدينارهم ثم باع الدينار من  
آخر ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيباً ورده على المشتري بغير قضاء فانه يرد على بائعه وذلك لمعنى وهو

وان كان الثاني فليس له أن  
يرده لانه اقاله وهي يبيع جديد  
في حق ثالث والبائع الاول  
ثالثهما هذا اذا رد المشتري  
الثاني على الاول بعد  
القبض وأما اذا كان قبل  
القبض فلا فرق بين ما اذا  
كان الرد بقضاء أو بغيره  
لان الرد قبل القبض بالغيب  
فسخ من الاصل في حق  
الكل فصار كالتخييار  
الشرط أو بخيار الرؤية

(قوله وان كان الثاني فليس  
له أن يرد) أقول معطوف  
على ما تقدم في هذا القول  
وهو قوله فان كان الاول  
فأما أن يكون باقرار

ودمره بذكر وضع الجامع الصغير ليتبين أن الجوار في عيب لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة والناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سواء كان قد يتوهم أن العيب إذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله أن يردّه على بائعه لتسقيته بوجوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات ١٦٨ يبيع الأصل والصحيح رواية الجامع الصغير لأن الرد بغير قضاء آفة تعمد التراضي

(وفي الجامع الصغير وإن رد عليه باقاره بغير قضاء بغير لا يحدث مثله لم يكن له أن يخصم الذي باعه) وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء في بعض روايات البيوع أن كان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول (قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة

أن المبيعين حيث يثبت كونان معدومين لأن المبيع ليس بجميع بل المبيع السليم فيكون المبيع ملك البائع فإذا رد على المشتري يرد به بخلاف المبيعين في غير النقود كمثل الهداية فانهم موجودان في ذلك إذا قبله بدون القضاء فقد رضى بالعيب فلا يردّه على بائعه وإن كان مافيه من الاطلاق المذكور بالنسبة إلى موضوع المسئلة غير محتاج إلى هذا القيد وقوله (وفي الجامع الصغير) إلى آخره إنما ذكره لأن ظاهره يخالف القدوري فإنه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله وقيد هذا في الجامع حيث قال وإن رد عليه بغير قضاء بغير لا يحدث مثله لم يكن له أن يخصم فقال إنما يقيد به ليعلم أنه كذلك فيما يحدث مثله بطريق أولى لأنه لما لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة والناقصة والسن الشاذية فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال أنه حدث عند المشتري أولى قال المصنف (وفي بعض روايات البيوع) أي يبيع الأصل (أن كان فيما لا يحدث مثله يرجع) يعني على البائع الأول إذا رده بالتراضي (للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول) وقد فعلا بغير قضاء ما لو رفع إلى قاض فعليه لأن الرد متعين في هذا فكان فعلهما كعمل القاضي والمراد لا يحدث مثله مطلقا وفي مدة كونه في ملك المشتري الأول إلى رد المشتري الثاني قبل ووجه عامة الروايات أن هذا ردت بالتراضي فكان كالبيع الجديد ولا نسلم أنهم ما فعلوا من ما يفعله القاضي لأن الحكم الأصلي في هذا هو المطالبة بالسلامة وإنما صار إلى الرد للجزء فاذا انقلبه إلى الرد لم يصح في حق غيره أما إذا ألتزم أن الراد إذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول إلى غيره فافترقا هذا كله فيما إذا كان الرد بالعيب من المشتري الثاني بعد قبضه أما إذا كان قبل قبضه فللمشتري الأول أن يردّه على البائع الأول سواء كان بقضاء أو بغير قضاء كالمشتري الأول للمشتري الثاني بشرط اختياره أو بيعا فيه خيارا روي عنه أنه إذا فسح المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الأول أن يردّه مطلقا وعلم أن الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء قال في الإيضاح الفقه فيه أن قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض وولاية الدفع عامة فظهر أثره في حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء فاما بعد القبض فوجب العقد وقد تنهى إلا أن حقه في صفة السلامة قائم فإذا لم يسلم له ثبت حق الفسخ فجاء من هذا أن حق الفسخ بالعيب ما ثبت أصلا لأن الصفقة تمت بالقبض بل بغيره وهو استدراك حقه في صفة السلامة وإنما ظهر أثره في حق الكل لأنه ثبت بولاية عامة ولو كان بالتراضي ظهر أثره في حقه ما خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لأنه فسح في حق الكل لأن حقه في الفسخ ثبت أصلا لأنه ما يسلبان اللزوم في أصل العقد فكان بالفسخ مستوفيا حقه وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء (قوله ومن اشترى عبدا وقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة)

فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيره مما هو البائع الأول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الأول ليخاصمه (قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة) فان حلف البائع دفع إليه الثمن وإن أقام المشتري البينة فهو أن شاء يدفع الثمن أو المبيع واستشكل هذه العبارة لأنه جعل غاية عدم الاجبار إما بين البائع أو بينة المشتري وذلك بالنسبة إلى الأول صحيح لأن الباعين يتوجه الاجبار بالنسبة إلى الثاني ليس بصحيح لأن إقامة البينة يستلزم عدم الاجبار لا ينتهي به وأجابوا بأنه من باب علفتها بتبناؤها باردا تقديره وسقيتها ماء باردا وبأن يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يتدرج تحته الغائبات فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم أي حكم الاجبار أو حكم عدم الاجبار لأن كل واحد من الحلف وإقامة البينة حكم من الأحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها

تبناؤه بمعنى أطعمتها فإنه يستعمل في السقي كما يستعمل في الطعم في معنى الشرب قال تعالى ومن لم يطعمه فإنه مني أي ومن لم يشربه على (قوله وأجابوا بأنه من باب علفتها الخ) أقول هذا الجواب للإمام ظاهر الدين (قوله وبأن يجعل الكلام متضمنا الخ) أقول هذا الجواب منقول عن العلامة حافظ الملة والدين الكاكي وفيه تأمل (قوله فيقال لم يجبر على دفع الثمن) أقول أي لم يحكم بشئ (قوله وإقامة البينة حكم من الأحكام) أقول أي وجه حكم فالمضاف محذوف

و بأن الانتظار مستلزم لعدم الاجبار وذكر اللازم واردة الملزوم كناية - والحق أن الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس  
بلازم (قوله) لأنه أنكر وجوب دفع الثمن) لتلبيح لعدم الاجبار لأن المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لأنه أنكر تعين حقه بدعوى العيب  
وانكار تعين الحق انكار علة وجوب دفع الثمن لأن وجوب دفع الثمن أولاً ليس الاتعين حق البائع بازاء تعين المبيع حيث أنكر تعين  
حقه في المبيع لأن حقه في السلم فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولاً وفي انكار العلة انكار الماهل فالتنصب خصم ما ولا بد حينئذ من  
حجة وهي اقامة البينة أو عين البائع فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار تقتضي اسناد اليقين اليه لا اقامة البينة بالحدث  
فالجواب الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدعى ما يوجب دفع الثمن أولاً وان كان في الصورة منكر (قوله) ولأنه لو قضي بالدفع  
دليل آخر يتضمن جواب ما قبل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض  
المحقق وتقريره ان ما ادعاه المشتري وان كان موهوماً لكن يجب على القاضي (١٦٩) اعتباره صوتاً للقضاء عن النقض

فانه اذا قضي بالدفع فله  
يظهر العيب فينتقض  
القضاء قال (فان قال المشتري  
شهودي بالشام) اذا طلب  
من المشتري اقامة البينة  
على ما ادعاه فقال شهودي  
بالشام غيب (استخلف البائع)  
فان حلف دفع اليه الثمن  
لان في الانتظار ضرراً بالبائع  
فان قيل في الزام المشتري  
دفع الثمن ضرره أيضاً  
أجاب المصنف بقوله (وليس  
في دفع الثمن كبير ضرره  
لأنه على حجة) يعني هو  
بسبيل من اقامة البينة  
عند حضور شهوده وفيه  
بحث من وجهين الاول  
ما قبل بقاء المشتري على  
حجته بطلان قضاء القاضي  
وقد تقدم بطلانه والثاني  
ان الانتظار واقامة الحجة  
بعد الدفع مؤقتان بحضور  
الشهود فكيف كان  
أحدهما ضرراً والاخر دونه

لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أولاً ليعين حقه بازاء  
تعين المبيع ولأنه لو قضي بالدفع فله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صوتاً للقضاء (فان  
قال المشتري شهودي بالشام استخلف البائع ودفع الثمن) يعني اذا حلف ولا ينظر حضور الشهود  
لأن في الانتظار ضرراً بالبائع وليس في الدفع كثير ضرره لأنه على حجة

على البائع أن العيب كان عنده وعند غيره مقتضى هذا التركيب أنه اذا أقام هذه البينة يجبر على دفع  
الثمن وهو فاسد فقد ظهر من الدين الثاني خبراً هكذا المجبر على دفع الثمن حتى يخاف البائع أو يقيم  
البينة على البائع أن العيب كان عنده فيستمر عدم الجبر انتهى ولا بد من تقدير آخر مع يحلف لان معناه  
ليس معنى يخاف البائع بل معناه يطلب منه الحلف وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن  
بل اذا حلف وهو غير لازم لجواز أن ينكحل فيستمر عدم الجبر فعدم الجبر يثبت مع إحدى صورتي التحليف  
كما ثبتت مع اقامة البينة وقيل بقدر فعل عام يدخل تحته الغايتان أعنى الحلف واقامة البينة هكذا  
يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به أو بعده بأن يحلف فيحلف أو يقيم البينة ومنهم من أول  
لا يجبر ينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجبر على دفع الثمن اذا طالبه البائع به فادعى هو عيباً (لأنه أنكر  
وجوب الثمن بدعوى العيب فانه به أنكر تعين حقه) لان حقه في السلم ولم يقبضه فما قبضه ليس موجباً  
دفع الثمن عليه (و) وجوب (دفع الثمن أولاً ليعين حق البائع بازاء تعين) حق المشتري في (المبيع) ولم  
يعين لأنه السلم وقد أنكره وأورد عليه أن الموجب للجبر قائم والمانع وهو قيام العيب موهوم فلا  
يعارض المحقق فالجواب منع قيام الموجب لأنه البيع للسليم أو هو مع قبضه وهو ينكره فهو محل  
التزاع وإضافته يثبت ما ادعاه فيؤدي الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغي  
ما أمكن (ولو أن المشتري قال شهودي بالشام) مثلاً فأهملني حتى أحضرهم أو أتيت بكتاب حكى  
من قاضي الشام لا يسمع ذلك بل (يستخلف البائع) ويقضى (بدفع الثمن ان حلف) وان نكل رد  
المبيع وانما قلنا هذا (لان في الانتظار بالبائع كبير ضرار) لان التأخير الى غاية غير معلومة يجبر  
مجري الابطال خصوصاً بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس في الدفع كبير ضرار بالمشتري  
(لأنه على حجة) اذله أن يقيم البينة بعد حلفه على العيب ويرد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال

(٢٢ - فتح القدير خامس)

(قوله والحق أن الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم) أقول فيه بحث لان مفهوم الغاية لزومه متفق عليه على  
ما صرح به في التساوي خصوصاً في الروايات وكلام المصنفين (قوله لان المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لأنه أنكر تعينه حقه) أقول  
ضمير حقه راجع الى المشتري (قوله فالجواب الاعتبار بالمعنى الخ) أقول ولعل الصحيح في الجواب أن يقال ان صفة الانكار انما تقتضي  
اسناد اليقين اليه لولم يكن أنكاره في ضمن دعوى خلاف الظاهر وههنا في ضمن ذلك فان الظاهر في المبيع هو السلامة (قوله وان كان في  
الصورة منكر) أقول فيه بحث فانه مدعى صورة لا يرى انه يدعى وجود العيب وثبوت حق الرد (قوله وان كان موهوماً لكن يجب على  
القاضي الخ) أقول اذا سلم كونه موهوماً فلا يجب على القاضي اعتبار والاقل ما يحل القضاء عن أمر موهوم فلعلى الخصم مدفوعاً الآن  
يفرق بين موهوم وموهوم والحق منع تحقيق موجب الجبر لأن البيع لا سلم أو هو مع قبضه وفيه النزاع كما ذكره ابن الهمام

والجواب عن الاول ان القاضي ههنا قد قضى بأداء الثمن الى حين حضور الشهود لامطالعة البطلان وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود منهم لجواز أن يكون ذلك مما طالع فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري عين البائع فنسكل الزم العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب قبل هواحتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند أبي حنيفة قال (ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال) اذا ادعى المشتري ابا العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان أقام بيينة أنه أتى عنده يسمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضا والبراء وان أنكر وجوده عنده أو ادعى اختلاف الحالة قال القاضي للمشتري ألك بيينة فان أقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بيينة وطلب الممين يستخلف أنه لم يأت عنده وانما لم يخلف قبل إقامة المشتري البيينة لان القول وان كان قول البائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري لان السلامة أصل والعيب عارض ومعرفة بالبحج وفيه بحث من وجهين أحدهما أن البيينة (١٧٠) انما تقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس بمدع بل فيما اذا ادعى

العيب في يد البائع والثاني أما اذا نسكل الزم العيب لانه حجة فيه (قال ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال لم يخلف البائع حتى يقيم المشتري البيينة أنه أتى عنده) والمراد الخلف على أنه لم يأت عنده لأن القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفة بالبحج

العيب في يد البائع والثاني أن سلامة الذم عن الدين أصل والشغل به عارض كما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض فأى فرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى على آخر ديننا فأنكر المدعي عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال وأجيب عن الاول بأن إقامة هذه البيينة من تنمة إقامة البيينة على أن العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من تلك الاجتهاد فكانت من المدعي بهذا الاعتبار وعن الثاني بان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احياء حقه لانه ربما

شهودي حضور فان الامهال هنا الى المجلس الثاني ولا ضرر في هذا القدر على البائع فيمهل ولو قال احضر بييتي الى ثلاثة أيام أجلها وليس هذا مما ينفذ فيه القضاء ظاهرا وباطنا عند أبي حنيفة لان ذلك في العقود والقسوخ ولم يتناكر العقد بل حقيقة الدعوى هنا دعوى مال على تقدير القضاء هنا يدفع الثمن الى غاية حضور الشهود بالمسقط وهذا صريح في قبول البيينة بعد الخلف ولا خلاف فيه في مثله أعني ما اذا قال في بيينة غائبة أو قال ليس لي بيينة حاضرة ثم أتى بيينة تقبل وأما اذا قال لا بيينة لي خلف خصمه ثم أتى بيينة في أدب القاضي تقبل في قول أبي حنيفة وعند محمد لا تقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن أبي يوسف وفي الخلاصة من رواية الحسن عن أبي حنيفة تقبل وفي جمع النسبي في قبول البيينة عن أصحابنا روايتان نعم تخلف البائع في مسألة الكتاب يخالف ما في روضة القضاء اذا قال بييتي غائبة لم يخلف عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يخلف وكذا الوفاي بيينة حاضرة في المصنف فاحلفه ثم أتى به لا يخلف في قوله خلافا لابي يوسف وقوله (أما اذا نسكل الزم العيب لانه) يعني النكول (حجة فيه) أي في ثبوت العيب وقيد به لأن النكول ليس حجة في كل شيء انما ليس حجة في الحدود والقصاص بالاجماع ولا في الاشياء الستة عند أبي حنيفة (قوله ومن اشترى عبدا فادعى) المشتري (ابا قال) عنده وعند البائع فأراد تخلف البائع على عدم الاباق عنده (لا يخلف حتى يقيم المشتري البيينة أنه أتى عنده) أي عند المشتري لانه حينئذ يثبت العيب فتصح الخصومة فيه وانما الزم ذلك (لان القول وان كان قوله) أي قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه الممين عليه (الابعد) ثبوت قيام المدعي مسببا للرد (ومعرفة) أي معرفة قيام العيب (بالبحج) عند انكاره وهذا في دعوى نحو الاباق عما يشوقف الرديه على وجود العيب عنده ما في عيب لا يتوقف الرديه على عوده عند المشتري كولا دة الجارية وكذا الجنون

لا يكون له بيينة أو كانت له بيينة لكن لا يقدر على اقامتها الموت أو غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توسل المشتري الى احياء حقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد أمكن اثباته بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل واذا ظهر هذا

(قوله قد قضى بأداء الثمن الى حين حضور الشهود لامطالعة) أقول واذا كان كذلك فلا يلزم البطلان في الصورة الاولى أيضا الا أن يقال التوقيت هنا ضرورة دفع الضرر والاصل الاطلاق ولا ضرورة هناك (قوله وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود منهم) أقول ولك أن تحجب أيضا بأن تلف الضرر عن المشتري بل قلنا ان ضرر البائع أكثر من ضرره حيث اجتمع البدلان في يد المشتري دون البائع فلم تأمل (قوله لجواز أن يكون ذلك مما طالع) أقول اذ ليس له غاية معالومة (قوله هذا العيب في الحالة التي كانت الخ) أقول يعني في الكبر أو في الصغر (قوله وفيه بحث من وجهين الى قوله والثاني ان سلامة الذم الخ) أقول ولنا ان نحجب عن هذا البحث الثاني بأن في الرد بالعيب لا بد أن يوجد العيب عند البائع ويعود عند المشتري حتى يرد ولا يلزم ثبوت الدين في الحالتين للقضاء بالايقاع بل يكفي وجوده في الحال

فإذا أقام المشتري البيعة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به العيب وهذا العيب لأن هذا العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً ولو أجاز أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعاً ففي وجوده في أحدهما يكون باراً لأن الكل يتحقق بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري وإنما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً إشارة إلى أن أو يل البائع ذلك في عينه ليس بصحيح ولكنه يوهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة ذكر هذه العبارة في التحليف وقال الأنهم قالوا النظر للمشتري ينعدم (١٧١) إذا استخلف به هذه الصفة وذكر

الوجه المذکور ثم قال والاصح عندي الأول لأن البائع ينبغي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون باراً في عينه إذا لم يكن العيب منتفياً في الحالين جميعاً وعلى هذا فقل أن يقول في عبارة المصنف تسامح لأنه قال (أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب) وعلمه (أنه يوهم تعلقه بالشرطين فيما نأوله وقالوا إنما قال يوهم لأن ذلك التأويل ليس بصحيح فإذا لم يكن التأويل صحيحاً كان التحليف به جائزاً وهو يناقض قوله لا يحلفه إلا إذا حل التقي على الوجه الاحوط فيستقيم فإن قيل الأباقي فعل الغير والتحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم دون البتات فالجواب أن الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليماً كما

(فإذا أقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط) كذا قال في الكتاب وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والأول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيما نأوله في العين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولولم يجد المشتري بيعة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما واختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله لهما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البيعة فكذا يترتب التحليف

على خلاف المختار فلا وعرف أن معنى المسئلة أن يدعي أبا قافيسكر قيامه في الحال فيحتاج إلى إثباته أما لو اعترف البائع فانه يسأل عن وجوده عنده فإن اعترف رده عليه بالناس المشتري وإن أنكر طوبى المشتري بالبيعة على أن الأباقي وجهه عند البائع فإن أقامها رده والأباقي بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما أبق عنده قط قال المصنف (كذا قاله في الكتاب) أي الجامع فإن عبارته هكذا فإذا أقام على ذلك البيعة استخلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما أبق قط قالوا (وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي به أو بالله ما أبق) عندك قط كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان وهما أن يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب أو لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب قالوا لا يحلف كذلك لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فإذا فرض حدوث العيب كذلك حلف لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب كان باراً في عينه وأما بهته وسلمته وما به هذا العيب فكذلك لأن هذه العبارة صادقة هنا إذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيما نأوله البائع في عينه أي يقصد تعاقب عدم العيب بالشرطين جميعاً وهما البيع والتسليم على ظن أن صدقه لغة على تقدير قصده إليه بوجوبه شرعاً وليس كذلك فإن تأوله كذلك لا يخلصه عنده الله تعالى من ذلك البين بل هي عين غش والآخر مع الوفاء المقصود أن يحلف بالله ما أبق عندي قط (ولولم يجد المشتري بيعة على وجود العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عند المشتري يحلف على قولهما واختلاف المشايخ في قول أبي حنيفة) هل يحلف أو يتحقق العجز عن الخصومة فعن القاضي أبي الهيثم أن الخلاف المذكور في النواذر عنده لا يحلف وعندهما نعم وفي شرح الجامع الكبير للشيخ أبي المعين النسفي قال بعض مشايخنا منهم الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد

التزمه وقيل التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا ادعى الذي يحلف أنه لا علم له بذلك أما إذا ادعى أن له علم بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم بذلك فإن لم يجد المشتري بيعة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم أنه أبق عند المشتري هل له ذلك أو لا قيل له ذلك على قولهما واختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة وهو المذکور في النواذر ذكره الطحاوي وهو مختار المصنف وقيل لا خلاف في هذه المسئلة (لهما أن الدعوى معتبرة لأنه يترتب عليها البيعة) وكل ما يترتب عليه البيعة (يترتب) عليه (التحليف) بالاستقراء (قوله وقيل المراد بالكتاب) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لأن شمس الأئمة إلى قوله والاصح عندي) أقول تصحح شمس الأئمة لا يكون حجة على غيره (قوله وهو المذکور في النواذر) أقول أي الاختلاف هو المذکور (قوله وقيل لا خلاف في هذه المسئلة الخ) أقول بل قوله كقولهما

ولا في حنيضة على قول من  
يقول لا تخلف على مذهبه  
أن الحلف يترتب على  
دعوى صحيحة ولا تصح  
الدعوى الامن خصم ولا  
يصير المدعى وهو المشتري  
ههنا خصما الا بعد قيام  
العيب بالجهة الشرعية  
وقد عجز عنها ولا نسلم ان كل  
ما يترتب عليه البينة  
يترتب عليه التخلف فان  
دعوى الوكالة يترتب عليها  
البينة دون التخلف والبينة  
لا تستلزم الدعوى فضلا  
عن صحتها بل قد تقوم على  
مالادعوى فيه أصلا كما  
في الحدود بخلاف التخلف  
والفرق ان التخلف شرع  
لقطع الخصومة فكان  
مقتضيا سابقة الخصم وأن  
يكون المشتري هنا خصما  
الا بعد اثبات قيام العيب  
في يده ولم يثبت كما تقدم  
وأما البينة ههنا فشروعة  
لا ثبات كونه خصما فلا  
تستلزم كونه خصما (واذا  
نكل عن البين عندهما  
يخلف ثانيا للرد) على البتات  
(على الوجه الذي قدمناه)  
على ما تقدم

(قوله والفرق ان التخلف  
شرع لقطع الخصومة)  
أقول وكذلك البينات فاذا  
كان لهما حكم مخصوص  
ههنا لم لا يجوز أن يكون  
للتخلف حكم كذلك

وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الامن خصم ولا يصير خصما  
فيه الا بعد قيام العيب وإذا نكل عن البين عندهما يخلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه

لا خلاف في هذه المسئلة وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على أن قول أبي حنيفة خلاف قولهما وإنما  
يخلف على العلم لانه حلف على فعل الغير بخلاف حلفه على أنه ما كان عنده فقيل لانه وان كان على فعل  
الغير لكن الحلف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا لم يكن الحالف مدعيا له عليه أما اذا كان مدعيا فلا  
الترى أن المودع اذا ادعى قبض المودع لها يكون القول له ويخلف على البتات مع أنه فعل الغير وقيل  
ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سلميا وهو قول الامام السرخسي والاول أوجه فان  
معنى تسليمه سلميا ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال أنه لم يفعل السرقة  
عندي فيرجع الى الحلف على فعل الغير وأورد على الاول مسئلتان احدهما ما لو باع رجلان عبدا من  
آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما فورثه البائع الآخر ثم ادعى المشتري عيبا فانه يخلف في نصيبه بالجزم  
وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد مع أنه يدعى العلم بانتفاء العيب الثانية اذا باع المتفاوضان عبدا وغاب  
أحدهما فادعى المشتري عيبا يخلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب مع  
ادعائه علم بذلك كما قلنا انتهى والوجه عندي أن يشك ما نحن فيه على هاتين المسئلتين لاعكسه لان  
تحليفه في نصفه على العلم وفي نصفه الآخر على البتات وهو واحد أعني العيب في ذات واحدة هو المشكل  
فالوجه ما ذكرنا والمسئلتان مشكلتان لانه ان علم بالعيب كان علمه بالنسبة الى النصفين أوجه له كان  
أيضا كذلك الآن يكون معنى المسئلة أن العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيخلف هذا الوارث على  
البتات في مسدته ما أتى عندي وعلى العلم في مدة شريكه ما علم أنه أتى عند شريكه فليكن محملها ذلك  
وعلى هذا فلو لم تكن اقامة العبد الا عند هذا الشريك لا يخلف الا على البتات ويكتفي بذلك الآن هذا غير  
معلوم فيخلف كما ذكرنا ولولم تكن اقامته الا عند الذي مات لا يخلف الا على البتات لان العتد اقتضى  
وصف السلامة واعلم ان ما تظار حناه انه لو لم يأتى عند البائع وأتى عند المشتري وكان أتى عند آخر  
قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك وأثبتته برده به لانه معيب والعقد أوجب على هذا  
البائع السليم ولم يقدر على اثباته له ان يحلفه على العلم وكذا في كل عيب يرد بتكرره (وجه قوله على)  
تقدير الخلاف وهو (ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الامن خصم ولا  
يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب) وإذا نكل البائع عن البين على وجود العيب عند المشتري (يخلف ثانيا  
للرد على الوجه الذي قدمناه) لانه بشكوله أنزل مقر بوجود العيب عند المشتري فتوجهت الخصومة  
فيه فيخلف على أنه ما وجد عنده الى آخر ما ذكرنا وقوله الحلف يترتب على دعوى صحيحة قيل يفيد أن  
البينة لا يلزم ترتبها عليها بل تكون بلا دعوى أصلا في الحدود وكذا على أنه وكيل أو وارث ولا دعوى أصلا  
ففي دعوى غير صحيحة أولى وفي الكافي الاصح أنه لا يخلف لان التخلف شرع لدفع الخصومة لا لاثباتها  
وهذا والحلف البائع يحدث بينهما خصومة أخرى ولا يخفى ضعف هذا الكلام فان توجه البين هو من  
الخصومة فهما انتهتا خصومة لا تندفع وكثيرا ما يترتب خصومات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها  
مبدأ أخرى وأما قوله في الوجه الحلف انما يترتب على دعوى صحيحة فنقول ان كان المراد بالصحة  
ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك لانه اذا ادعى انه وجد عنده عيب في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك  
أن القاضي يطلب جوابه عنه ألا ترى الى قولهم فان اعترف ان الامر كذلك رد عليه وان أنكر وجوده عنده  
واعترف بوجوده عند المشتري فعلى المشتري البينة فان عجز عنها خلف الى آخره واعترف بوجوده عنده  
وأنكر وجوده عند المشتري وكل ذلك فرع الزامه بالجواب بأحد هذه غير أنهم لا يوجبون عليه البين على  
عدمه عنده حتى تثبت المقدمة الاولى وهو وجوده لان تحليفه على ذلك لا يفيد مقصود المشتري من الرد

قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما أتى منه ذبائع الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ

ان لم يثبت عوده عنده فلا يثبت عليه فائدة الابد منه فوجب تقديمه وكذلك لو كان العيب مما يمكن للرد وجوده عند البائع فقط كولد الحارية وكونها الرذنا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك وبهذا ظهر ان لا فرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في أن كلامه ما يستدعي جوابا بما أتى بالرجال وان تكلف الفرق مع ضعفه بناء على أن الخصومة هناك تجب قبل اثبات الدين وهنا لا تجب الابد اثبات العيب غلط وانما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها رد الدين وكل منهما يستدعي الجواب فكما ان له أن يحلف هنا بانكار العيب عندهما أساسا كذلك له أن يحلف بانكار الدين رأسا بمعنى أنه لم يثبت قط ثم كما أن عليه أن يثبت دخول العيب في الوجود بالينة أو النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين في الوجود كذلك واذا ثبت دخوله في الوجود طال به رده اليه فكذلك في العيب يطالبه برد الثمن ورده فاذا تأملت لافرق والله اعلم فالوجه ما قاله من الزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض لانه ادعى عليه معنى لو أقرب لزمه المال فعليه اليمين لرجاء النكول وكونه مجرد اليمين لا يثبت المال الابدعيين أخرى على وجوده عند البائع لا يضر لانه اذا توقف ثبوت الحلف على أمرين لم يكن بد من اثبات كل منهما ثم قال المصنف رحمه الله (قال العبد الضعيف) يعني نفسه (اذا كانت الدعوى في اباق) العبد (الكبير يحلف) البائع (ما أتى) عنده (من ذبائع الرجال) لانه عساه أتى عنده في الصغر فقط ثم أتى عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم بالاول زمننا الحلف ما أتى عنده قط اضر رنابه والزمنه ما لا يلزمه ولولم يحلف أصلا اضر رنابه بالمشتري فيحلف كما ذكرنا وكذا في كل عيب يدعى ويختلف فيه الحال فيما قبل البلوغ وبعده بخلاف ما لا يختلف كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا بقي أصناف أخرى ذكرها فاضحنا هي مع ما ذكرنا تامة أربعة أنواع الاول أن يكون عيبا ظاهرا لا يحدث مثله أصلا من وقت البيع الى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة والعمر والناقصة والسن الشاعبة أي الزائدة فالقاضي فيها يقضي بالرد اذا طلب المشتري من غير تحليف للتيقن به فيد البائع والمشتري الا أن يدعى البائع رضاه به أو العلم به عند الشراء أو الابعاد منه فاذا ادعاه سأل المشتري فان اعترف امتنع الرد وان أنكر أقام الينة عليه فان عجز يستحلف ما علم به وقت البيع أو ما رضى ونحوه فان حلف رده وان نكل امتنع الرد الثاني أن يدعى عيبا باطنا لا يعرفه الا اطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عنده ما رده وكذا اذا أنكره فأقام المشتري الينة أو حلف البائع فشكل الا ان ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا وان أنكره عند المشتري يري به طبيبين مسلمين عدلين والواحد يمكن والاثنان أحوط فاذا قال به ذلك يحصمه في أنه كان عنده الثالث أن يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء كدعوى الرق والقرن والعقل والنبابة وقد اشترى بشرط البكارة فعلى هذا الا أنه اذا أنكر قيامه في الحال أريت النساء والمرأة العدل كافية فاذا قالت ثيبا أو قرنا ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم واذا انضم اليه نكوله عند تحليفه غير ان القرن ونحوه ان كان مما لا يحدث ترد عند قول المرأتين هي قرناء بالخصومة في أن ذلك كان عند البائع للتيقن بذلك كما في الاصبع الزائدة الا أن يدعى رضاه فعلى ما ذكرنا وفي شرح فاضحنا العيب اذا كان مشاهدا وهو مما لا يحدث بؤمر بالرد وان كان مما يحدث واختلف في حدوته فالينة للمشتري لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه يشكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه ولو اشترى جارية وادعى انها خنت يحلف البائع لانه لا ينظر اليه الرجال ولا النساء ولو وجد به عيبا فقال له البائع أتبعه قال نعم يلزمه لانه عرض على البيع

قال المصنف (اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما أتى منه ذبائع الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ) لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البائع لانه اذا أتى في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان أتى عند البائع في حالة الصغر وشمل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد لنكوله ويتضرره

قال (ومن اشترى جارية وتقاوض) ومن اشترى جارية وتقاوض المتبايعان الثمن والمبيع (فوجد) المشتري (بها عيبا) فأراد البائع تخصيص الثمن على تقدير الرد (فقال البائع بعثك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعثتني واحدة فاقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض) لأنه أعرف بما قبض (كفي الغصب) فإنه اذا اختلف الغاصب والغصب منه فقال الغاصب منه غصبت مني غلامين (١٧٤) وقال الغاصب غلاما واحدا فاقول قول الغاصب لأنه القابض (وكذا اذا اتفقا

على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) في مقداره بأن كان المبيع جاريين ثم اختلفا فقال البائع قبضت منها وقال المشتري ما قبضت الا احدهما فاقول قول المشتري (لما ينأ) ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض بل ههنا أولى لان كون المبيع شبيئين أمانة ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان العقد عليها سبب مطلقا لقبضهما ومع ذلك كان القول قول القابض فههنا أولى قال (ومن اشترى عشرين صفقة واحدة) رجل قال لا خير بعثك هذين العبدين بألف درهم فقبل (وقبض أحدهما) وهو سليم (فوجد بالآخر عيبا) ليس له أن يرد المعيب خاصة (بل يأخذهما أو يدعهما) جميعا (لان الصفقة تتم بقبضهما) لما ان تصرف المشتري في المبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ وما تم بقبضه الصفقة لا تتم قبضه لوقوفه على قبض الكل

(قال ومن اشترى جارية وتقاوض فوجد عيبا فقال البائع بعثك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعثتني واحدة فاقول قول المشتري) لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كافي الغصب (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) لما ينأ قال (ومن اشترى عشرين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبا فإنه يأخذهما أو يدعهما) لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفرقهما قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفرق فيه كالتفرق في العقد ولو قال بعه فان لم يشترده على فعرضه لم يشترسقط الرد ولو وجد البائع الثمن زوفا فقال المشتري للبائع انفقته فان لم يرج رده على فانفق ولم يرج رده استحسننا ولو كان ثوبا فقال هو قصير فقال البائع أره الخياط فان قطعه والارد ففعل فاذا هو قصير فله الرد اشترى لميت كفنا ثم وجد به عيبا لا يرد ولا يرجع بالارش حتى يحدث به عيب مانع من الرد وفي القنية لو وجد به عيبا خاصا ببعثه فيه ثم ترك الخصومة أياما ثم عاد اليها فقال له بأفعه لم سكت عن الخصومة مدة فقال لا نظرائه يزول أولا فله رده كذا في المجتبى (قوله) ومن اشترى جارية) أو غيرها من الاعيان (وتقاوض) فقبض البائع الثمن والمشتري الجارية (فوجد بها) المشتري (عيبا) فجاهل رد هاتفا عترف البائع بالوجوب الرد الا أنه (قال بعثك هذه وأخرى معها) وانما يستحق على رد حصة هذه فقط لا كل الثمن (وقال المشتري بعثتني واحدة) فارد جميع الثمن ولا يئنه لاحد (فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف في مقدار المقبوض والقول) فيه (قول القابض) أمينا كان أو ضميما لانه يشترك في زيادة يدعي عليه البائع ولان البيع انفسخ في المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عن المشتري والبائع يدعي لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب السقوط والمشتري ينكر فاقول قوله وبصار (كالغصب) اذا ادعى المغصوب منه انه غصبه هذا مع آخر او حدث فيه زيادة فأنكر الغاصب فاقول قوله (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع) بأن اتفقا على ان المبيع جاريين ثم قال البائع قبضت منها وانما تستحق حصة هذه وقال المشتري لم أقبض من المبيع سوى هذه يكون القول قول المشتري (لما ينأ) من أن القول قول القابض (قوله) ومن اشترى عشرين (أو اثنين) صفقة واحدة وقبض أحدهما ووجد بالآخر الذي لم يقبض (عيبا فإنه بالخيار) ان شاء أخذهما بجميع الثمن وان شاء ردهما وليس له أن يأخذ السليم ويرد المعيب بحصته من الثمن في هذه الصورة (لان الصفقة انما تتم بقبضهما) لان انما تتم قبض المبيع ولم يوجد (فيكون) رد أحدهما وحده (تفرقا بالصفقة قبل التمام وهذا) أي كون رد أحدهما بعد قبض أحدهما فقط تفرقا بالصفقة قبل تمامها بناء على أن تفرقها قبل القبض كتفرقها في نفس العقد فيما اذا قال بعثك هاتين فاقول قول المشتري في هذا بخمس مائة وانما كان كذلك (لان القبض له شبه بالعقد) لانه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ولانه أعنى القبض مؤكدا لما ثبتته العقد حتى ان الشهود بالطلاق قبل الدخول اذ ارجعوا يضمنون نصف المهر لانه كان على شرف الزوال يتمكين ابن الزوج ونحوه فالشهود بشهادتهم أكدوا لزومه وحقوقه وما قبل في تمامه وحكم المشبه حكم المشبه به فان الصلاة للنار وعلى النجاسة حرام ولو

اذناك فالتفرق قبل قبضهما (تفرق في قبل التمام) وهو لا يجوز (لما ذكرنا) يعني قبيل باب خيار العيب صلى بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله (وهذا) أي التفرق في القبض لا يجوز (لان للقبض شبه بالعقد) من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك البد كان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك البد (فالتفرق في القبض كالتفرق في العقد) ولو قال بعثك هذين العبدين فقال قبضت أحدهما لم يصح فكذا هذا

(قوله لما ينأ الى قوله بل ههنا أولى) أقول فيه تأمل

قال (ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه) اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا قالوا في شروح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام المصنف يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال (ويروى عن أبي يوسف انه يردده خاصة) ووجهه ان الصفة تامة في حق المقبوض قبل النظر اليه لا يلزم تفريق الصفة (والاصح انه ليس له ذلك) لأن تمام الصفة (١٧٥) بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كبض

(المبيع) لاجل الثمن فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين الآخر (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا له أن يردده خاصة) وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفة

(ولا يعرى عن ضرر اذا العادة جرت بضم الجيد الى الردي فأشبهه ما قبل القبض) بجامع دفع الضرر (وأشبه خيار الرؤية والشرط) ولنا انه اذا قبض - ما جميعا فقد عتقت الصفة والتفريق بعده غير ضار بخلاف خيار الرؤية والشرط فان الصفة لاتتم بالقبض فيها على ما مر في خيار الرؤية ان الصفة لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفة لوجود تمام الرضا من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما أوجب العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفة تامة بظاهر العقد وتضرر البائع انما يلزم من تدليسه فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل

ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن أبي يوسف رحمه الله انه يردده خاصة والاصح انه يأخذهما أو يرددهما لأن تمام الصفة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصارت كبض المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضه - ما ثم وجد بأحدهما عيبا يردده خاصة خلافا لفره ويقول فيه تفريق الصفة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فأشبهه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لانتم به على ما مر ولهذا الواستحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر (قال ومن اشترى شيئا مما يكال

صلى وبين يديه نار وبقربه نجاسة كان مكروها ليس عيبا لا يصح بها فان الثابت الكراهة وانما يكون حكمه حكمه لو ثبتت الحرمة هذا اذا كان العيب في غير المقبوض (فان وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه يروى عن أبي يوسف انه يردده خاصة) لان الصفة تامة في المقبوض (والصحيح انه يأخذهما أو يرددهما لان تمام الصفة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل) فمالم بقبض الكل لانتم فيكون تفريقا قبل التمام (وصار) تمام الصفة (كبض المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول) الجبس (دون قبض جميعه) حتى لو بقي من الثمن درهم كان له أن يمنع المبيع عليه ولو قال المشتري أنا أملك المعيب وأخذ النقصان ليس له ذلك (فاما) لو كان (قبضهما) أعنى العبدین (ثم وجد بأحدهما عيبا) فان له أن يردده خاصة خلافا لفره ويقول فيه (أى في رده وحده) (تفريق الصفة ولا يعرى عن ضرر لان العادة ضم الجيد الى الردي) لترويج الردي وفي الزامه المعيب وحده الزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده (وأشبهه خيار الشرط والرؤية) في أن الصفة لاتتم اذا كان بينهما أحد الخيارين هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التقريب قال أصحابنا اذا اشترى عبدین صفقة فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر يرد المعيب في الوجهين لان العقد صحيح فيهما والعيب وجد بأحدهما فصارت كبض المقبض وذ ك صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكر القدوري على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الآئمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر (ولنا انه تفريق الصفة بعد التمام لان بالقبض يتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط) والتفريق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه (لو استحق أحدهما) بعد القبض (ليس له أن يرد الآخر) بل يرجع بحصة المستحق على البائع مع انه تفريق الصفة على المشتري والضرر الذي لزم البائع جاء من تدليسه لما قد مناهم أن الظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كالوهمي لكل واحد غنا وشرط الخيار في أحدهما لنفسه ثم هذا فيما يمكن افراد أحدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدین أما اذا لم يمكن في العادة كنعلين أو خفين أو مصراعي باب فوجد بأحدهما عيبا فانه يرددهما أو يعسكهما بالاجماع لانهما في المعنى والمنفعة كشي واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والقوائد الظهيرية ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوجي ثوبا ووجد بأحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل دونه لا يملك رد المعيب خاصة (قوله ومن اشترى شيئا مما يكال) كالخنطة والتمر

قبضهما أيضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز قيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد أحدهما بالانتفاع كالعبدین وأما اذا لم يمكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فانه يرددهما أو يعسكهما حتى لو كان المبيع ثوبين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يمكن رد المعيب خاصة (قوله ولهذا) أى ولان الصفة تتم بعد القبض ولا تتم قبله (لو استحق أحد العبدین) بعد قبضهما (ليس للمشتري أن يرد الآخر) بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام (قال ومن اشترى شيئا مما يكال

أو وزن) فترى الصفة لا يجوز إذا كان قبل القبض في سائر الأعيان وبعده يجوز في غير المكمل والموزون وأما فيه فلا يجوز إذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد أو في وعاءين على اختيار المشايخ وقيل إذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لأنه رده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع ووجه الظاهر أنه إذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد سواء حكم بالاول فلا يسمي باسم واحد كتركز وقيل (١٧٦) ونحوهما وأما الثاني فلا في المالية والتقوم فيه ما باعتبار الاجتماع لان الحبة

(أو وزن) فوجد بيعه عياره كله أو أخذه كله) ومراده بعد القبض لأن المكمل إذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد لا يرى أنه يسمي باسم واحد وهو الكثر ونحوه وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد فإذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر (ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي) لأنه لا يضره التبعض

(أو وزن) كالسمن والزعفران وغير ذلك (فوجد بيعه عياره كله أو أخذه كله ومراده) إذا كان الاطلاع على العيب (بعد القبض) أمالو كان قبله فلا فرق بين المكمل والموزون وغيرهما كالشباب والعبيد من أنه يرد الكل أو يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فإنه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكمل والموزون دونهما وانما قلنا بعد القبض يرد الكل (لان المكمل إذا كان من جنس واحد) كالحنطة أو الشعير (فهو كشئ واحد) فان الانتفاع والتقوم لا يتحقق باحد حبات القمح منفردة بل مجتمعة فكانت الاحاد المتعددة منها كالشئ الواحد ثوب أو بساط ونحوه (الترى أنه يسمي) المتعدد منه المجتمع (باسم واحد كالسكر) والوسق والصبرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبيدين فإنه بعد قبضهما يرد المعيب خاصة لانهم ما شئان حقيقة وتقوم وانتفاعا لا يوجب افراد أحدهما عن الآخر عينا حادافيه (قبل هذا) يعني كونه يرد الكل (إذا كان في وعاء واحد) أما (لو كان في وعاءين) كما إذا اشترى عدلى حنطة صفقة فوجد بأحد هما عيبا فإنه يرد ذلك العدل خاصة كما ذكره نضر الاسلام قال لان تميز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب في المعيب فإنه إذا كان مختلطاً بالخير يكون أخف عيباً مما إذا انفرد فلورد كان مع عيب حادث عند المشتري بخلاف ما إذا كان في وعاءين فرد أحدهما بعينه فإنه لا يوجب زيادة عيب قال الفقيه أبو اللث هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة واحدى الروايتين عن أبي يوسف لا على قول أبي حنيفة فإنه روى الحسن عن أبي حنيفة في الجرد أن رجلاً لو اشترى اعدالاً من عرق فوجد بعدل منها عيباً فإن كان التمر كله من جنس واحد ليس له أن يرد المعيب خاصة لان التمر إذا كان من جنس فهو بمنزلة شئ واحد وليس له أن يرد بعضه دون بعض وذكر الناطقي رواية بشر بن الوليد لو اشترى زق من سمن أو سلتين من زعفران أو جلين من القطن أو الشعير وقبض الجميع له رد المعيب خاصة إلا أن يكون هذا أو الآخر سواء فاما أن يرد كله أو يتركه كله فقد رأيت كيف جعل التمر اجناساً مع أن الكل جنس التمر فعلى هذا يقيم الاطلاق أيضاً في نحو الحنطة فإنها تكون صعيدية وبحرية وهما جنسان يتفاوتان في الثمن والعجين وتقيده الملاق غير الاسلام ان في الاعدال رد المعيب خاصة بأن ذلك إذا كان باقي الاعدال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنس بأن يكون بعض الاعدال برنياً وبعضه البانة فبر ذلك خاصة أما إذا كان الاعدال من جنس واحد بأن يكون كلها برنياً أو صبحانياً أو لبانة أو عراقية فرد الكل والصبرة كالعدل الواحد وان كثرت لجرى بان ما ذكرنا من وجهه منع رد المعيب وحده فيها (قوله ولو استحق بعضه) أي بعض المكمل أو الموزون فلا خيار للمشتري في رد ما بقي بل يلزمه أن لا يرد ويرى عن أبي حنيفة أن له رده دفعا للضرر مؤنة القسمة (وجهه الظاهر أنه لا يضره التبعض) لافي

بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كروية كلها كالثوب الواحد وفي الثوب الواحد إذا وجد بعضه معيبا ليس له الرد الكل أو امسا كله لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد عيب زائد وليس له ذلك فالقول لو كان كذلك وجب أن يكون له رد الباقي إذا استحق البعض بعد القبض كافي الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احدى الروايتين عن أبي حنيفة ساقط وعلى الاخرى انما لم يعقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه لأنه لا يضره التبعض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لانهم في المالية سواء والانتفاع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب ضرراً بخلاف ما لو وجد بالبعض عيباً وميزه

ليرد لان تميز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب بخلاف الثوب الواحد فان التبعض يضره والشركة عيب فيه زائد فلم يبق الرد الكل أو امساكه

قال المصنف (ومراده بعد القبض) أقول أما قيل القبض فالحكم في غير المثل والموزون أيضاً كذلك قال المصنف (وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد) أقول اختار هذا القول في فتاوى قاضيهان ولم يذكر غيره (قوله لان رد الجزء المعيب) أقول فيه بحث

قوله والاستحقاق يجوز أن يكون جواب سؤال) تقرر به انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا ونوجبه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعقد ذلك ولهذا قلنا في الصرف والسلم اذا أجاز المستحق بعد ما افتراق باقي العقد صح ما فعل ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك (وهذا) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض وأما اذا كان قبله فله أن يرد الباقي لتفريق الصفقة قبل التمام وهذا يرشدك إلى أن تمام الصفقة يحتاج إلى رضا العاقد وقبض المبيع وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا واحدا وقد قبضه المشتري ثم استحق (١٧٧) بعض الثوب فلا يشتري الخيار في

رد ما بقي لان التشقيص في الثوب عيب لانه يضر في ماله والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب أجاب المصنف بقوله (وقد كان وقت البيع) يعني انه ليس بجاذب في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فان التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وتنبه لكلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سميان قبل القبض في جميع الصور أعني فيما يكال أو يوزن أو غيرهما أما العيب فظاهر وأما الاستحقاق فلقوله أما اذا كان ذلك قبل القبض ليس له أن يرد الباقي لتفريق الصفقة قبل التمام وتجد حكمهما بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه كسري

والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض أما لو كان قبل القبض فله أن يرد ما بقي لتفريق الصفقة قبل التمام قال (وان كان ثوبا فله الخيار) لأن التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون (قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فادواها أو كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضا) لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختيار وأنه بالاستعمال فلا يكون الركب

القيمة ولا في المنفعة أما في القيمة فان المدمن القمح يساع على وزان ما يبيع به الاردي والغرارة وأما في المنفعة فظاهر فلا يضر به بخلاف غيره فانه ان كان مما يفصل يصير معيبا بتبعيه فان الفضلة من الثوب كالذراع اذا ودى عليه في السوق لا تبلغ قيمة متصلا بباقي الثوب وان كان مما لا يفصل كالعبد يصير معيبا بعيب الشركة بخلاف المكيل لا تبعيه بالشركة فانهم ان شاء الله قسموا في الحال وانتفع كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة حقيقة وقد تكون يكيل عبدهما وغلماهما (وقوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة) جواب عن سؤال هو أنه ينبغي أن يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كي لا يلزم تفريق الصفقة على المشتري للمستحق عليه فأجاب بأن تفريق الصفقة انما يمنع قبل التمام لا بعده وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك الا الاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمامها لان تمامها برضا العاقد وقد تحقق (لبرضا المالك) يعني المستحق ولذا قلنا اذا أجاز المستحق لبذل الصرف ورأس مال السلم بعد افتراق العاقدين يبقى العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك وقوله (وهذا) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد (اذا كان بعد القبض) أما اذا كان قبل القبض فله أن يرد الباقي لتفريق الصفقة عليه (قبل التمام) لان تمامها بعد الرضا بالقبض (ولو كان) المستحق (ثوبا) ونحوه كعبد وكأب (فله الخيار لان التشقيص في الثوب عيب) والشركة في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل أو بقاءه شرا بكذا يقال ينبغي أن لا يثبت له خيار رد الكل لانه حدث عنده عيب بالاستحقاق وأجاب بقوله (وقد كان) إلى آخره أي هذا العيب أعني عيب الشركة كان ثابتا (وقت البيع) وانما تأخر ظهوره والظهور فرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف عيب الجديد من الردي في المكيل اذا كان في وعاء واحد أو كان صبرة فانه عيب حدث عنده فلا يمكنه الرد بالكل (قوله ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا) ونحوه من مرض أو عرض فدواها (أو كانت دابة فركبها في حاجة نفسه) وفي بعض النسخ حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصد الاستبقاء بخلاف خيار الشرط) اذ اركب فيه مرة طاحه نفسه أو لبس الثوب مرة لا يكون مسقطا للخيار (لان ذلك) الخيار (للاختيار) وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه (لحاجته مرة) والاستخدام

(٢٣ - فتح القدير خامس) العبدان ولهذا الواستحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر وقال في المكيل والموزون رده كله أو أخذه ومراده بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي قال (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فادواها المشتري) جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عذر رضا بالعيب لان ذلك دليل قصد الاستبقاء لان المداواة إزالة العيب وهي تمنع الرد لان تقيضه وهو قيام العيب بشرط التمكن من الرد فكانت دليل قصد الامسك ودليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه فلا يمكن من الرد بذلك العيب وله ذلك بعيب آخر لان الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركب لحاجته بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار والاختبار بالر كوب فلا يكون مسقطا

(وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليسقيها لها علفا فليس رضا) أما الركب للرد فلا نه سبب  
الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد بدامنه إلا ما صعبتها أو ليجزئه أو لكون  
العلف في عدل واحد أو ما إذا كان يجد بدامنه لا نعدم ما ذكرناه يكون رضا قال (ومن اشترى عبدا قد  
سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له أن يردده وبأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يرجع بما بين قيمته  
سارقا إلى غير سارق)

(وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليسقيها لها علفا فليس رضا) أما الركب للرد فلا فرق فيه بين أن  
يكون له منه بدأ ولا أن  
في الركب ضبط الدابة  
وهو أحفظ لها من حدوث  
عيب آخر وأما السقي  
والعلف فمحمول على ما إذا  
لم يجد منه بدا لصعوبة  
الدابة لكونها شمة وسائر  
لجزمه عن المشي لضعف  
أو كبر أولكون العلف في  
عدل واحد أما إذا وجد  
منه بدأ لا نعدم الأولين  
أو لكون العلف في عدلين  
وركب كان الركب رضا  
لأن جملته حيث لم يمكن  
بدون الركب قال (ومن  
اشترى عبدا قد سرق ولم  
يعلم به الخ) رجل اشترى  
عبدا قد سرق ولم يعلم به  
المشتري لا وقت العقد ولا  
وقت القبض فقطع عنده  
فله أن يردده وبأخذ الثمن كله  
وله أن يسكه ويرجع بنصف  
الثمن عند أبي حنيفة وقال  
أنه يقوم سارقا وغير سارق  
فيرجع بفصل ما بينهما  
من الثمن

مسقطا) وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليسقيها لها علفا فليس رضا) أما الركب للرد فلا نه سبب  
الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد بدامنه إلا ما صعبتها أو ليجزئه أو لكون  
العلف في عدل واحد أو ما إذا كان يجد بدامنه لا نعدم ما ذكرناه يكون رضا قال (ومن اشترى عبدا قد  
سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له أن يردده وبأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يرجع بما بين قيمته  
سارقا إلى غير سارق)

مرة (مسقطا) له فصار جنس هذه المسائل أن كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم  
به يمنع الرد والارشق ذلك العرض على البيع والاجارة والامس والركوب لحاجته والمداواة والدهن  
والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فإنه لا يسقط إلا للمرة الثانية  
لأن الأولى للاختيار الذي لا جملته شرع الخيار فلم تكن الأولى دليل الرضا أما خيار العيب فشرعيته للرد  
ليصل المشتري إلى رأس ماله إذا عجز عن وصول الجزء الفائت إليه فبالمرة الأولى فيه لا يصرفها عن كونها  
دليل الرضا صارف هذا بالاتفاق إنما الخلاف فيما إذا أخرج الرذم القدره عليه بالتراضي أو بالخصومة  
بان كان ذلك حاكما فلم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضا فعندنا لا يبطل خيار الرذم وعنده الشافعي  
يبطل والتقييد بحاجته لأنه (لوركبها ليسقيها أو يرددها على بائعها أو ليسقيها لها علفا فليس رضا) وله  
الرد بعد ذلك (أما الركب للرد فإنه سبب الرد) فإنه لو لم يركبها احتاج إلى سوقها فربما لا يتقادأ وتلف  
مالا في الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك إلا الركب (والجواب في السقي وشراء العلف محمول على  
حاجته) إلى ذلك فيهما لا نعدم صعبة ففي قودها ليسقيها أو يرددها على بائعها أو ليسقيها لها علفا فليس رضا  
كونه قد يكون عاجزا عن المشي (أو لكون العلف في عدل واحد) فلا يتكمن من جملتها عليها إلا إذا كان  
راكبا وتقييده بعدل واحد لأنه لو كان في عدلين فركبها يكون الركب رضا ذكره فاضحان وغيره ولا  
يجوز أن الاحتمالات التي ذكرنا في ركوبها السقي أنها لا تمنع الرد معها تجري فيما إذا كان العلف في عدلين  
ثم ركبها فلا ينبغي أن يطلق امتناع الرد إذا كان العلف في عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبها لحاجته  
نفسك وقال المشتري لاردها عليك فالقول قول المشتري فأما لو قال البائع ركبها للسقي بلا حاجة لأنها  
تقاد وهي ذلول ينبغي أن يسمع قول المشتري لأن الظاهر أن المسوق للركوب بلا إبطال حق الرد خوف  
المشتري من شيء مما ذكرناه لا حقيقة الجوع والصعوبة والناس يختلفون في تحمل أسباب الخوف فرب  
رجل لا يخطر بخاطر شيء من تلك الأسباب وآخر بخلافه نعم لو جمل عليها علفا غيرهما كان رضار كرها  
أولم يركبها **فرع** وجد بالدابة عيبا في السفر وهو يخاف على جملته عليه أو يرددها انقضاء  
سفره وهو معذور (قوله ومن اشترى عبدا قد سرق) عند البائع وعلى ما ذكرناه وقع في المطارحة  
لا فرق بين أن يسرق عند البائع أو غيره (ولم يعلم) المشتري (به) أي بفعله السرقة لا وقت البيع ولا  
وقت القبض وستأتي فائدة هذا القيد (نقطع عند المشتري أنه أن يردده) على بائعه (وبأخذ الثمن)  
كأنه منه (عند أبي حنيفة) هكذا في عامة شروح الجامع الصغير وفي روايات المبسوط يرجع بنصف  
الثمن ووفق بما ذكرنا في المبسوط حيث قال وعند أبي حنيفة يرجع بنصف الثمن بأن القطع كان مستحقا  
بسبب كان عند البائع والمسلم إلا أدى نصفه فيتم قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري  
الخيار أن شاء يرجع بنصف الثمن وأن شاء ردها بغيره ويرجع بجميع الثمن كالأقضية يده عند البائع ولما ثبت  
الخيار بين ردها ومساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفا إلى اختياره رد العبد المقطوع وقول  
من قال يرجع بنصف الثمن منصرفا إلى اختياره إمساكه وفي شرح الطحاوي لا يسبجى لو قطعت يده  
بعد القبض إلى آخر الصورة أن شاء رضى بالعبد لا قطع بنصف الثمن وإن شاء ترك وفي قول أبي يوسف  
ومحمد لا يردده ولكنه يرجع بنقصان العيب بأن يقوم عبدا وجب عليه القطع وعبد لم يجب عليه القطع

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد والرد له مات (١٧٩) الموجود في يد البائع سبب القطع أو

القتل وهو لا ينافي المالية إلا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فتكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لانه يعتمد هالكنه متعيب لان مباح البدأ والدم لا يشتري كالسالم لانه أشد من المرض الذي هو عيب بالاجاع والمبيع المنعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وههنا قد تعذر الرد أما في صورة القتل فظاهر وأما في صورة القطع فلا ان الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده ومشله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وما بين قيمتها غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يقضى الى الوجوب والوجوب يقضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالاستحقق والمستحق لا يتناول العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله أو لانه باع مقطوع اليه بد فيرجع بجميع الثمن ان رده كالأستحقق بمحض العبد

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما له مانع أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وأنه لا ينافي المالية فتنفذ العقد فيه لكنّه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يقضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجد في يد الغاصب

ويرجع بازاء النقصان من الثمن الا اذا رضى البائع أن يرد فغيره ويرجع بجميع الثمن وحينئذ فلا يخفى ما في نقل المختصر في جواب المسئلة كالمصنف ان له أن يرد ويرجع بالكل وما في نقل المؤلف والمختلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري بسرقة عند البائع انه يرجع بنصف الثمن من الابقاع في الالباس واقرب ما يظن انه ما رواه ابن تيمية عن لولامناظر من الجواب المفصل ابتداء كما ذكرنا وبعبارة الهداية أخف فانه قال فله أن يرد ويأخذ الثمن فانما لا تمنع ان له شيئا آخر لكن لا يجوز الاقتصا على هذا الا اذا كان ماله من الاخر المسكوت عنه متفقا عليه فاقصر على محل الخلاف لكن الفرض ان الخلاف ثابت في الاخر وهو اذا أمسكه فانه يأخذ النصف عنده وعندهما لا بل يرجع بالنقصان ويمسكه (وقوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البائع) من قتل عمدا أو رده ونحو ذلك يعني قتل عند المشتري يرجع بكل الثمن حتما وعندده ما يقوم حلال الدم وسواهما فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المصنف (فالحاصل انه) أي القطع والقتل أي ثبوته في العبد (عنزلة الاستحقاق) ولو استحق كله يرجع بالكل أو نصفه كان بالخيار بين أن يرد الباقي ويرجع بالكل وبين أن يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فيكذاهنا (وعندهما) ذلك (عنزلة العيب) وفي المبسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل أن يرد له يرجع الانصاف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لينتقض قبض المشتري في النصف (لهما ان الموجود عند البائع سبب القتل والقطع) وثبوت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولذا اصح بيعه وعقده ولو مات كان الثمن مقررا على المشتري وليس لولي القصاص حق في ماليته ولذا لو كان ولي القصاص يأبى شراء المشتري بأبى سعره ولو كان له حق في ماليته لم يصح كالأبى المرتهن ببيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتهن بالمالية فعرف ان استحقاق العاقبة متعلق بأدبيته لا بماليته والاستحقاق باعتبار المالية بالقتل وهو فعل أنشاء المستوفى باختياره في النفس بعد ما دخل في ضمان المشتري وبه لا ينتقض قبض المشتري لانه يتعلق بالمال المبيع وينتقض بأخذ المستحق له لانه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حادنا في يده فوقع الرد فيرجع بالنقصان (وصار كما اذا اشترى حاملا) لا يعلم بحملها وقت الشراء ولا وقت القبض (فماتت) عنده (بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل) ولفظة الى في قوله الى غير حامل ليس لها موقع (وله ان سبب وجوب القطع والقتل) وجد (في يد البائع والوجوب يقضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى سبب) القطع والقتل وهو سرقة الكائنة في يد البائع وقتله فصار موته مضافا اليه وقطعه وصار كأنه قطع أو قتل عند البائع الذي عنده السبب وضار كالعبد المغصوب اذا رده الغاصب على مالكه بعد ما حنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها أو قطع فانه يرجع على الغاصب بتمام قيمته أو نصفها كالأقتل عند الغاصب بجماع استناد الوجود الى سبب الوجوب الكائن عند الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كما في الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة عللة لفوات المالية فكان المستحق به كأنه المالية الا أنه لا يظهر أثر ذلك الا بحقيقة فعل الاستيفاء وقبله لا يتم في حق ذلك فبقى المالية فيه صح البيع ونحوه فأما اذا قتل فقد تم فرده وصار كما اذا غصب عبا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فرده على المولى فاقصص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كالأقتل في يد الغاصب

والجواب عن مسئلة الحمل انها ممنوعة فان ذلك قولهما وأما على قول أبي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتصر من العبد (١٨٠) المشتري ولئن سلمنا فنقول ثم سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري

وعن قوله ما سبب القتل لا ينافي المالية بأنه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان بمعنى علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم فمن هذا الوجه صارت المالية كأنها هي المستحقة وأما اذا مات في يد المشتري فتمت الركن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا اهلك في ضمان المشتري واذا قتل فقد تم الاستحقاق ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كذلك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كانت الدية لورثته دون من له القصاص قال (ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري الخ) اذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه آنفا وعند أبي حنيفة لا يردده الا برضا البائع بالعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو من أن يقبله البائع كذلك وأن لا يقبل فان لم يقبله يرجع

وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه وعند لا يردده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع برقع الثمن وان قبله البائع فبثلاثة الارباع لان اليد من الا دعى نصفه وقد تلفت بالجنايتين

حينئذ الاستحقاق وبطلت المالية فظهر أثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرناه (وما ذكر من المسئلة) موت الحامل (ممنوعة) على قول أبي حنيفة بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان أبو زيد وفخر الدين قاضيان رحمهما الله تعالى وان لم يذ كر الخلاف في كتاب البيوع من الاصل استدل الا بما ذكر في الجامع الصغير في الامة المغصوبة اذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت له أن يضمن الغاصب جميع قيمته فكذلك هنا عنده واقصر المصنف عليه وان سلمنا فنقول الموجود في يد البائع العلق وانما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضى اليه غالب الباطل الغالب السلامة فليس هنا وجوب يفضى الى الوجود فهو تظهير موت الزاني من الجلب بخلاف مسئلة الغصب لان الرد لم يصح لان شرط صحته أن يردّها كما أخذها ولم يوجد فصار كالمهلك في يد الغاصب وهنا الجلب لا يمنع من التسليم الى المشتري ثم ان تلفه بذلك بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع فينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض ونوقض بمسائل الاولى اذا اشترى جارية محبوبة فلم يردّها حتى ماتت عنده بالمحى لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب المحى التي كانت عند البائع وثانيها اذا قطع البائع أو غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فبات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لالبائن وثانيهما اذا زوج أمته البكر ثم باعها وقضها المشتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع ورابعها لو زنى العبد عند البائع فخلد في يد المشتري فبات منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان عند البائع وخامسها لو سرق عند البائع فقطعت يده عند المشتري فمضى القطع فبات يرجع بنصف الثمن لا بأكمله وان كان موته بسبب كان عند البائع أجيب بأن الجارية لا تغتوب بمجرد المحى بل بزيادة الام وذلك بسبب آخر عند المشتري لا في يد البائع فليس مما نحن فيه وأما الثانية فلا لأن البيع لما ورد على قطع البائع أو الاجنبي قطع سراية القطع لان السراية حق البائع فنقطع ببيع من له السراية وفيما نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمنع انقطاع السراية بالبيع وأما الثالثة فان البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد اذا لم يكن شرط البكارة فعدمها من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب وعن الرابعة بأن المستحق هو الضرب المؤلم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل وموته بذلك الضرب انما هو لعرض عرض في يد المشتري وهو خرق الجلاذ وضعف الجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدا مستحقا وأما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط (قوله ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما) أي بالسرقتين جميعا (فعندهما يرجع بالنقصان) أي نقصان عيب السرقة الموجودة عند البائع (وعند أبي حنيفة) رحمه الله (ليس له أن يردّه بلارضا البائع للعيب الحادث) وهو السرقة عند المشتري والقطع بهما كقوله ما و لكن ان رضى البائع كذلك رده ورجع بثلاثة ارباع الثمن وان لم يرض به أمسكه ورجع برقع الثمن (لان اليد في الا دعى نصفه) في حق الاتلاف وقد تلفت بالسرقتين الكائنتين عندهما في توزع نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما أصاب المشتري ويرجع بالباقى ان رده بأن رضيه البائع وذلك لان ثمة ارباع الثمن و برعه ان أمسكه بأن لم يرض البائع لان نصف النصف لم يشتري فيسقط عن البائع وهذا لان البائع انما قبله اقطع

وفي احدهما الرجوع على البائع فيقسم النصف عليهم ما بنصفين والنصف الآخر يرجع فيه على البائع فبده العبد عليه فان قيل اذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك رجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم يكن ههنا كذلك احيب بان هذا على قول أبي حنيفة نظر الى جريانه مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل الاتذكرون ما تقدم ان حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المكيل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا بلى لكن ليس كلامنا الا فيهما ما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والمعيب وما ينزل بمنزلة الشيء لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فمضى يمكن شهماين ما نحن فيه والاستحقاق كون العقد غير متناول ليقبض القبض من الاصل لما مر آنفا قال ولوداوانه الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع اذا تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع العبد في يد الاخير ترجع الباعة وهو جمع بائع كالحاكم جمع حائك بعضهم على بعض عند أبي حنيفة كافي الاستحقاق لانه بمنزلة وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كافي العيب لانه بمنزلة وهذا لان المشتري الاخير لم يصرح باسحابه لم يبعه (١٨١) ولا كذلك الاخر فان البيع يمنع الرجوع

لنقصان العيب لما تقدم (قوله وقوله في الكتاب) أي قول محمد في الجامع الصغير (ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبه لان) هذا مجرى مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضاه ولا يفيد على مذهب أبي حنيفة في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع وقوله (في الصحيح) احتراز عما روى عن أبي حنيفة أنه لا يرجع لان حل الدم من وجهه كاستحقاق ومن وجهه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فله شبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشئ لانه انما جعل

وفي احدهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير يرجع الباعة بعضهم على بعض عنده كافي الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله (في الكتاب ولم يعلم المشتري) يفيد على مذهبه لان العلم بالعيب رضاه ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع

معسلا مع أن يتحمل ما لزم المشتري من نقصان السبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهم ما كافي الغاصب للعبد اذا سرق عنده ثم رده فسرقة عند المالك فقطع بالسرقة في الرجوع المالك على الغاصب بنصف القيمة (قوله ولو تداولته الايدي) بعد ان سرق عند البائع ثم تداولته الايدي بعده (ثم قطع عند الاخير) بتمام السرقة (رجع الباعة بعضهم على بعض) بالثمن (كافي الاستحقاق عند أبي حنيفة) لانه اجراء مجرى الاستحقاق ولا يخفى ان هذا اذا اختار الرد لانك علمت ان حكم المسئلة عنده انه بالخيار بين أن يرده ويرجع بالكل أو يسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن (وعندهما يرجع الاخير) الذي قطع في يده (على بائعه) بالنقصان (ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب) أما رجوع الاخير فلا لانه لم يبعه لم يصرح بالبيع مع امكان الرد بالعيب وعلمت ان بيع المشتري للعيب حبس للبيع سواء علم بالعيب أو لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله (في الكتاب) أي الجامع الصغير (ولم يعلم به) أي وقت البيع ولا وقت القبض (يفيد على قولهما) لانه عيب (والعلم بالعيب) عند البيع أو القبض (مسقط للرد والارش) وأما عنده فعنه روايتان في رواية كقولهما ما فلا يرجع اذا علم باستحقاق يده أو نفسه قال المصنف (تبع الشمس الائمة الصحيح انه يرجع وان علم بسرقة أو بأحد مده وقت البيع أو القبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجهه والعيب من وجهه فله شبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشئ عملا بالشبهين ونظر فيه بعضهم بأن هذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن وكونه أجرى مجرى الاستحقاق

هذا كاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه وقال شمس الائمة اذا اشتراه وهو يعلم بحل مده في أصح الروايتين عن أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضا اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح أن الجهل والعلم سواء لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قبل فيه نظر لاننا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لان سلم أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه أجرى مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لاحقيقته لان في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده وههنا لا يبطل البيع والجواب أن كونها أصح أو صحيحا يجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز أن يكون من حيث الدليل

(قوله والنصف الاخر الخ) أقول يعني الذي لم يتلف (قوله فان قيل الى قوله يستويان) أقول يعني ما تقدم بورقة تخميننا وهو قوله وتنبه كلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سميان (قوله لا ينقص القبض من الاصل لما مر آنفا) أقول يعني ما تقدم بصحيفة تخميننا وهو قوله فيتنقص القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله (قوله قيل فيه نظر) أقول أي فيما قاله فخر الاسلام (قوله والجواب ان كونها أصح أو صحيحا) أقول لا يخفى عليك ان نزاع القائل انما هو في صحة الدليل فلا محاسن لجوابه الاول فليتامل

وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا انه غزلة العيب وأنه عيب من وجهه واذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجم جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فأجرى مجراه قال (ومن باع عبدا بشرط البراءة من كل عيب) البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح سمي العيوب وعددها أولا علمه البائع أولا يعلمه وقف عليه المشتري أو لم يقف أشار اليه أولا موجودا كان عند العقد والقبض أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف في رواية وقال محمد لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول زفر والشافعي ومالك وقال زفر اذا كان مجهولا لصح البيع وفسد الشرط (وقال الشافعي لا تصح البراءة من كل عيب) ما لم يقل من عيب كذا ومن عيب كذا وكان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر التواتي فقال له أبو حنيفة رأيت لو باع جارية في المأني منها عيب أكلن يجب على البائع أن يري المشتري ذلك الموضوع (١٨٣) منها رأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برص

(قال ومن باع عبدا بشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يره به عيب وان لم يسم العيوب بعددها) وقال الشافعي لا تصح البراءة بناء على مذهبه ان البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في البراءة معنى التملك حتى يرتد بالرد وتلك المجهول لا يصح ولنا أن الجهالة في الاسقاط لا تنفي إلى المنازعة وان كان في ضمنه التملك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة

لا يخرج منه عن كونه عيبا (قوله ومن باع عبدا الخ) ليس العبد ببيع فدان البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره ويبرأ البائع من كل عيب قائم وقت البيع معلوم له أو غير معلوم ومن كل عيب يحدث إلى وقت القبض أيضا خلافا لمحمد في الحادث وأجمعوا ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث في البراءة والشافعي قول كقولنا وقولنا لا يبرأ من عيب أصلا وثالثها وهو الاصح انه يبرأ ويرى عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روى أن ابن عمر رضي الله عنهما باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زيد به عيبا فأراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا إلى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لأبي عرا تخلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه والفرق ان كتمان المعلوم تليس بخلاف غير المعلوم وأما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب متافذ كالمصنف خلافه مطلقا هو أحد أقواله قال وهذا (بناء على مذهبه ان البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح) فنصب الخلاف في المبني فقال (هو يقول في البراءة معنى التملك ولهذا يرتد بالرد) حتى لو أبرأ من له الدين مدونه فرد المديون لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق البراءة لمعنى التملك (وتلك المجهول لا يصح) ولا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه لا يدري أن المبيع على أي صفة هو ولانه شرط على خلاف مقتضى العقد لان مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملك ولنا ان البراءة اسقاط حتى يتم بلاقبول كالطلأ والعتاق بأن طلق نسوته أو أعقق عبيده ولم يدركهم هم ولا أعيانهم كأن ورث عبيدا في غير بلد أو وزوجه وليه صغيرا فبلغ وهي في غير بلد ولذا لا يصح تملك الاعيان بلفظ البراءة ويصح البراءة بلفظ الاسقاط كان يقول اسقطت عنك ديني عليك والاسقاط لا يطله جهالة الساقط لان جهالته (لا تنفي إلى المنازعة وان كان في ضمنه التملك) فظهرنا أثره في حجة

أ كان يلزمه أن يري المشتري ذلك وما زال حتى أخفمه وضحك الخليفة مما صنع به الشافعي يقول اذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيع فاسد وفي قول آخره البيع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه أن البراءة عن الحقوق المجهولة لا تصح لان في البراءة معنى التملك ولهذا الوأبرأ المديون عن دينه فرد البراءة لم يصح البراءة وتلك المجهول لا يصح ولنا أن البراءة اسقاط لا تملك لانه لا يصح عليك العين بهذه اللفظة ويصح البراءة بأسقطت عنك ديني ولا أنه يتم بلاقبول والتملك لا يتم بدونه والاسقاط لا تنفي الجهالة فيه إلى المنازعة لان الجهالة انما أبطلت التملكات لقوت التسليم

الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الاسقاط فلا يكون مبطلا له ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم وقوله (وان كان في ضمنه التملك) إشارة إلى الجواب عن قوله يرتد بالرد وتقريره أن ذلك لم ينافيه من معنى

(قوله وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع) أقول أنت خير بان منع السند مما لا يجوز له أحد فقوله ممنوع خارج عن الآداب وجوابه ان المنع متوجه إلى ما جعله المعارض مبني لمنعه لا إلى سنده وبينهما فرق بقي الكلام في حجة المنع بعد إقامة الدليل على المقدمة المنوعة بدون التعرض لدليله فليتأمل ثم أقول بقي ههنا شيء آخر وهو أن كونه عيبا لا يمكن أن ينزع فيه لظهور صدق تعريفه عليه وأيضا إعادة الفقهاء اعتبار الشبهين ومراعاة الجهتين وليس في الدلائل المتقدمة ما يقتضي الغاء جهة العيب ولم يقل المعارض ان حكمه حكم العيب من كل وجه كما لا يخفى (قوله رأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين الخ) أقول ليس في هذا كثرة شناعة إذ لا يلزم رؤية البائع والمحكى انه لو اشترى بعض حرم أمير المؤمنين عبدا كذا كان يلزمه أن يري ذلك (قوله ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم) أقول بأن زوج أو ولياه في صغره نسوة لا يعلم كم هن والله أعلم

ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لأن البراءة تتناول الثابت ولا يبي يوسف أن الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

رده وعدم تعليقه بالشروط فانتفى المانع ووجد مقتضى وهو تصرف العاقل البالغ باسقاط حقوقه بخلاف التبليك فان جهالة المالك فيه تمنع من التسليم فلا ترتب فائدة التصرف عليه أما الاسقاط فان الساقط يتلشى فلا يحتاج الى تسليم فظهر ان المبطل لتبليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ولذا جاز بيع قفيز من صبرة وانما امتنع ببيع شاة من فطيط للنارعة في تعيين ما يسهل للتفاوت وأما عدم الصحة في قوله أراأت أحد كما في جهالة من له الحق كالم يصح قوله لرجل على ألف وصح لفلان على شيء ويلزم بالتعيين على أن من المشايخ من أجازوه وألزمه بالتعيين كطلاق إحدى زوجتيه وجه المختار ان الطلاق بعد وقوعه لاجهالة فيه وكذا العتاق لمن له الحق لأنه الله تبارك وتعالى ولذا لو اتفقا على ابطاله لم يبطل ويدل على ما قلناه حديث علي رضي الله عنه حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم ليصلح بين بني خزاعة وذلك أنه صلى الله عليه وسلم بعث أولا خالد بن الوليد فقتل منهم قتلى بعد ما اعتمموا بالسجود فدفع صلى الله عليه وسلم إلى علي مالا فوداهم حتى مبلغ الكلب وبقي في يده مال فقال هذا لكم مما لا تعلمون ولا يعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر به وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروى أن رجلا اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في موارد درست فقال صلى الله عليه وسلم استمأوتوا خيا الحق وليحل كل واحد منكما صاحبه وفيه اجماع على التسليم لان من حضره الموت في كافة الاعصار استحل من معاملته من غير تكبير والمعنى القهقي ما ذكرنا والغرور والله أعلم إيهام خلاف الثابت ومنه ولد المغرور للغرور بجرية امرأة ليتزوجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نهى على إيهام العيوب وبقائه في يده ما فلم يفره وقوله شرط ينافي بمقتضى العقد وهو السلامة قلنا يوافق مقتضاه وهو اللزوم وكون السلامة مقتضاه ان اردت العقد المطلق سلمناه والمقيد بشرط البراءة من العيوب ان كانت منعاه والالزام ان لا يصح شرط البراءة من العيوب المسماة ان ظهرت وجواز اتفاقا وقوله (ويدخل في هذا البراءة) يعني البراءة المذكورة في الكتاب فان الإشارة إليها وهي البراءة من كل عيب واحترز بالإشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا أنه لا يبرأ عن العيب الحادث بالاجماع والمراد بقوله (في قول أبي يوسف) ظاهره الرواية عنه وهو قول أبي حنيفة (وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر) والحسن ابن زياد والشافعي ومالك ورأيه عن أبي يوسف (لان البراءة تتناول الثابت) فتصرف إلى الموجود عند العقد فقط (ولا يبي يوسف أن) الملاحظ هو المعنى والغرض ومعلوم أن (الغرض) من هذا الشرط (الزام العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة) ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال (وذلك بالبراءة عن كل عيب) بوجوب المشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقضى الغرض المعلوم دخوله وأورد أنه ذكر في شرح الطحاوي أنه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع فكيف يصح من أبي يوسف ادخال الحادث بلا تنصيص وهو مع التنصيص عليه يطله أجيب بمتع أنه اجماع بأن في الذخيرة اذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد وذكر في المبسوط في موضع آخر لرواية عن أبي يوسف فيما اذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب الرد ولئن سلمنا فالفرق ان الحادث يدخل تبعا لتقريره عندهما وكم من شيء لا يثبت مقصودا وبثت تبعا ولو اختلفا في عيب أنه حادث بعد العقد أو كان عنده لا أثر لهذا عند أبي يوسف

بجهالة لا تقوت التسليم كما اذا باع قفيزا من صبرة فلان لا يبطل الاسقاط الذي فيه معنى التبليك والمسقط متلاش لا يحتاج الى التسليم أولى ووجه قول محمد أن البراءة تتناول الثابت حال البراءة لان ما يحبس بمجهول لا يعلم أبعد أم لا وأي مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله وأبو يوسف يقول الغرض من الإبراء الزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث فان قيل لو نص بالحادث فقال يفت بشرط البراءة عن كل عيب أو ما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر في الذخيرة أنه يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد سلمناه ولكن الفرق لان ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز أن يكون مقصودا والجواب عن قوله ان ما يحدث مجهول ان مثله من الجهالة غير مانع في الاسقاط كما تقدم (قوله ويدخل في هذه البراءة) احتراز عما لو قال يفت هذا

العقد على ان يرى من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود

## باب البيع الفاسد

وعند محمد القول قول البائع مع عيبه على العلم أنه حدث لأن بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطن فإذا ادعى باطن بالزيل به ظاهر الايصاف لا يبيح وعند زفر القول للمشتري لأنه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما سقط قوله **فروع** جمعها في الدراية شرط البراءة من كل عيب به أو خص ضربا من العيوب لم ينصرف إلى الحوادث بالاجماع ويصح تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشجرة فحدث عند المشتري عيب أو موت فاطلع على عيب آخر كشجرة أخرى فأراد أن يرجع بالنقصان لا امتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر أبو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به إليه وجعله محمد للمشتري فيرد بأيهم ما شاء ولا يخفى أن هذا إذا لم يعين الشجرة المتبرأ منها عند البيع بل أبرأه من شجرة أو عيب ولو أبرأه من كل غائلة فهي السرقة والابق والفجور وكذا روى عن أبي يوسف ولو أبرأه من كل داء فمن أبي حنيفة الداء ما في الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضا وقال أبو يوسف يتناول الكل وتقدم أول الباب ذلك وفي جمع التفريق قطع الاصبع عيب والاصبعين عيبان والاصابع مع التكف عيب واحد ولو قبل في الثوب بعموبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرقع ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الحمر والخضراء ومن كل قرح تدخل القروح الدامية وفي المحيط أبرأه من كل عيب بعينه فاذا هو أعور لا يبرأ لأنه عدمها لا عيب بها ولو قال أنا بريء من كل عيب إلا باقه برئ من أباقه ولو قال إلا باقه الرد بالابق ولو قال أنت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك ولو قال المشتري ليس به عيب لم يكن إقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيبا رده ولو عين فقال ليس بأبي صح إقراره ولو وجد به عيبا فاصطلمها على أن يدفع أو يحط دينار أجاز ولو دفعه المشتري ليرد لم يجز لأنه رد باو زوال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما بذل أو حط إذا زال ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرد ولو صلحه بعد الشراء من كل عيب ب درهم جاز وإن لم يجد به عيبا ولو قال اشترى منك العيوب لم يجز وحذف الحروف أو نقصها أو النقط أو الأعراب في المصحف عيب ولو وجد به عيبا فاصطلمها على أن يحط كل عشرة ويأخذ الاجنبي بما وراء المخطوط ورضي الاجنبي بذلك جاز وجاز حط المشتري دون البائع ولو قصر المشتري الثوب فاذا هو مخرق وقال المشتري لأدري تخرق عند القصار أو عند البائع فاصطلمها على أن يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهما والبائع درهما جاز وكذا الوصلح على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهما ويترك المشتري درهما قبل هذا غلط وتأويله أن يضمن القصار أو لا للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك للبائع وفي المجتبى أدخل المشتري القدم في النار أو حذ المشارة وحلب الشاة أو البقرة لم يرد سواء كان في المصرة أو غيرها وفي المصرة يرد بقلة اللبن عند الشافعي ومالك وأحمد وزفر رواية عن أبي يوسف والمصرة شاة ونحوها سد ضرها يجتمع لبنها لظن المشتري أنها كثيرة اللبن فاذا حلبها ليس له ردها عندنا وهل يرجع بالنقصان في رواية الكرخي لا وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اختيرت هذه الفتوى كان حسنا لغرور المشتري بالتصريح ولو اغتر بقول البائع هي حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا ولو وقف الأرض أو جعلها مسجدا ثم اطلع على عيب امتنع الرد والرجوع بالأرض عند محمد وعند أبي يوسف يرجع بالأرض ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجد بها عيب ردها في الحال لأنه إن جميع غلاتها فهو رضا وإن تركها يرد العيب فيمتنع الرد

## باب البيع الفاسد

البيع جائز وغير جائز والجائز ثلاثة أنواع بيع الدين بالدين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع

العين بالدين وهو البيع المطلق وغير الجائز ثلاثة أنواع باطل وفاسد وهو بيع ما ليس بعمال الخمر والمدير والمعدوم كالسمن في اللبن وغير مقدور التسليم كالآبق وموقوف حصره في الخلاصة في خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجورين أي موقوف على اجازة المولى والاب أو الوصى وبيع غير الرشيد موقوف على اجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر وما في من اربعة الغير يتوقف على اجازة الميراث من المستأجر والمزارع فلو تفاسخا لاجارة أو رد الرهن لو فاء أو ابراء له أن يسلمه للمشتري وكذلك بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على اجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينقصد أصلا حتى لو تفاسخا لا ينفذ في العقار على الخلاف المعروف وبيع المرتد عند أبي حنيفة والبيع برقه وبعاباع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس وبيع فيه خيار المجلس وبمثل ما يبيع الناس وبمثل ما أخذ به فلان وبيع المال المغصوب ذكره محمدان أقر الغاصب أو محمدا وللغصوب منه بئنة ثم البيع وبيع مال الغير وانتم ما يتعلق بالمرهون والمستأجر والمغصوب ذكرناه اذ رجع الرهن والمستأجر الى الراهن والمؤجر بفسخ أو بغيره يتم البيع وكذا اذا أجاز المستأجر والمرتهن فان لم يجزيا وطلب المشتري من الحاكم فسخ العقد فسخه والمشتري الخيار اذا لم يعلم الرهن والاجارة وقت البيع وكذا ان علم عند محمد وعند أبي يوسف ان علم ليس له حق الفسخ فقبل ظاهر الرواية قول محمد وقيل بل قول أبي يوسف وليس للمستأجر حق فسخ البيع بخلاف وفي المرتين خلاف المشايخ وليس للراهن والمؤجر حق الفسخ ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الاصح وقيل لانه أخلف بدلا وروى بشر بن محمد وابن سماعة عن أبي يوسف انه يجوز ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى وعن أبي حنيفة روايتان وتقدم ان المزارعة والاجارة سواء أعنى سواء كان البذر منه أو لا فان أجاز فلا أجر لعله وفي النوازل فلو أجاز المزارع فكلا النصبين للمشتري وكذا في الكرم وان كانت الارض فارغة في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع وبه أخذ المرغيباني ذكره في المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح عن الفاسد انه الموصل الى تمام المقصود فان المقصود سلامة الدين التي لها ثمرت العقود وليست دفع الغالب والوصول الى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما باب الصحة وأما الفاسد فعقد مخالف للدين ثم انه وان أفاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه اذ لم يتقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن اذ لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد وفي قوله اذا كان أحدا العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في الاعم من الفاسد والباطل فالشارحون على أن ذلك الفاسد أعم من الباطل لان الفاسد غير المشروع بوصفه بل بأصله والباطل غير المشروع بواحد منهما ولا شك انه يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي أن يقال حقيقة على الباطل لكن الذي يقتضيه كلام أهل الفقه والاصول انه يباينه فانهم قالوا ان حكم الفاسد افادة الملك بطريقه والباطل لا يفيد أصله فبالوجه وأعطوه حكما يباين حكمه وهو دليل تباينهما وأيضا فانه مأخوذ في مفهومه أو لازم له انه مشروع بأصله لا بوصفه وفي الباطل غير مشروع بأصله فيبين ما تباين فان المشروع بأصله وغير المشروع بأصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم إلا أن يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والخاص المشروع بأصله لا بوصفه في العرف لكن نجهله مجازا عرفيا في الاعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولذا وجه بعضهم الاعمية بأنه يقال اللحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم واذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعبر بمعنى اللغة ولذا أدخل بعضهم أيضا في البيع الفاسد بشموله المكروه لانه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور ثم الفاسد بالمعنى الذي لم يطل الباطل ثبت بأسباب منها الجهالة المفضية الى المنازعة في المبيع أو الثمن فخرج نحو جهالة كمية ففران الصبرة وعدد الدراهم فيما اذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعدد ملك

تأخير غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج الى تنبيه ولقب الباب بالفاسد وان كان مشتقاً عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحاً اصلاً ووصفاً والفاسد هو ما لا يصح وصفه او كل ما أورث خلافاً في ركن المبيع فهو مبطل وما أورثه في غيره كالسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه وعدم الاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال البيع بالميتة لغته وهو الذي مات حتف أنفه والدم والحر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد عن له دين سماوى وانما قيدنا بقولنا لغة لتخرج المخنوقة وأمثالها كالجزر وحة بالمذبوحة في غير المذبح فان ذلك عندهم (١٨٦) بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف في التجنيس

وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف أنفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومته في بيعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهي مبادلة المال بالمال فانه أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض أهل الكفر وانما أولنا بذلك لانه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع أبطل تقويمها في حق المسلمين لثلاثي قولها كما أبطل قيمة الجودة بانفرادها في حق المكيل والموزون ولو أراد بقوله عند بعض المسلمين يحتاج الى تأويل لكنه خلاف الظاهر

(قوله ولقب الباب بالفاسد الخ) أقول ولعل الأولى أن يقال في وجه التلقب أراد

(واذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان غير مملوك كالخر) قال رضى الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالخمر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض

المبيع للبائع والفساد بمعنى البطلان الا في السلم أو مع الملك لكن قبل قبضه ومنها العجز عن التسليم أو التسليم البضر بخدع من سقف ومنها الغرر كضربة القاض والشرط الفاسد بخلاف الصحيح وتدخل فيه صفقتان في صفقة كبيع كذا على أن يبيعه كذا والاتباع مقصودا كجبل الحبله تدخل في عدم الملك وبيع الاوصاف كالية شافعية يرجع الى ما في تسليحه ضرراً لا يمكن شرعاً الا ببيعها ان في قطعها حية عجز عن التسليم لانها نصير ميتة يبطل بيعها وكون البيع من البائع بما هو من جنس عن المتباع به وهو أقل منه قبل نقد الثمن وعدم التعيين في بيع كبيع هذا بقدر خنطة أو شعير مستدرك لدخوله في جهالة الثمن (قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان) أحدهما (غير مملوك كالخر) هذا اللفظ القدرى وقد ذكرنا أنفان لفظ فاسد يراد به ما هو أعم من الباطل لان أحد العوضين يصدق على كل من المبيع والثمن إما حقيقة أو تغليباً كما قيل بناء على أن العوض خاص بالمبيع لانه يراد به المعروض ولا شك أن المبيع اذا كان محرماً لا يصح فان كان ما لا فالبيع باطل كالخمر وكذا الثمن اذا كان محرماً ميتة فهو باطل فلذا قال المصنف رحمه الله (هذه فصول جمعها) أى في حكم واحد وهو الفساد (والواقع ان فيها تفصيلاً) يعنى ليس كلها فاسدة فان منها ما هو باطل وهذا مما يبين لك أن المعروف في عرف فقهاءنا التباين بين الباطل والفاسد فان الاعم لا ينفي عن الاخص قال (فنقول البيع بالميتة والدم باطل) لافساد باجتماع علماء الامصار (وكذا بالخمر) بأن يجعل الميتة والخمر مثلاً وذلك لانعدام ركن البيع الذى هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد يعنى عن له دين سماوى فلذا كان البيع بالخمر باطلا وان كان ما لا عند بعض الناس (و) أما (البيع بالخمر والخنزير) فافساد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه أى كلام من الخمر والخنزير (مال عند البعض) وهم أهل الذمة كما سيصرح به في وجه الفرق حيث قال انه مال لاهل الذمة لخلعها عندهم وهذا من المصنف بقيد انتفاء المالية عنها بالكيفية في شرعنا وهو كذلك غاية الامر ان الاصطلاح على تسمية البيع بثمن هو مال في بعض الاديان فاسد وبما ليس مالا في دين سماوى باطل وهذا سهل وانما الاشكال في جعل حكمه الملك فلنا فيه نظرن ذكره ان شاء الله تعالى ثم

قال

بالفساد المعنى الأعم للباطل لا المقابل له (قوله كالتسليم والتسلم الواجبين به) أقول ضمير به

راجع الى البيع قال المصنف (كالبيع بالميتة) أقول الميتة في اللغة وهو الذى مات حتف أنفه فلا يرد المخنوقة وأمثالها التى هي كالذبيحة عندهم حيث جاز بيعها فيما بينهم فانها ليست ميتة لغة وان كانت ميتة عندنا (قوله وعلى هذا الى قوله والبيع بالخمر والخنزير فاسد) أقول فيه بحث فان البيع بالخمر والخنزير يقضى بصحته عند أهل الذمة فكيف تستقيم ارادة العموم وجوابه انه ليس محرماً عندهم تأمل فان فيه مالا يخفى (قوله أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم الخ) أقول وأنت خير بأن قيدنا بقوم مما لا حاجة اليه في اثبات المطلوب (قوله وانما أولنا بذلك) أقول أشار به الى قوله متقوم (قوله لانه مال عندنا بلا خلاف) أقول فلا وجه لتخصيص البعض

وقوله (والباطل لا يفيد ملك

التصرف) كأنه إشارة إلى الفرق بين الباطل والفاقد (والباطل لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة) (ولو ملك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون أمانة عند بعض المشايخ) أي أجد الطواويس وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة نص على ذلك في السير الكبير نقله أبو المعين في شرح الجامع الكبير (لأن العقد) باطل والباطل (غير معتبر) والقبض باذن المالك فيكون أمانة (وعند بعض آخر) شمس الأئمة السرخسي وهو رواية ابن سماعة عن محمد بن أبي مضمون أنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على (سوم الشراء) لوجود صورة العلة هنادون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك هنا والمقبوض على سوم الشراء هو أن يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيت اشتريته بعشرة أما إذا لم يسم الثمن فذهب به فهل عندك لا يضمن نص عليه الفقيه أبو الليث في العيون قيس وعليه الفتوى وقال محمد بن مسلمة البخني (الاول قول أبي حنيفة والثاني قولهما كافي ببيع أم الولد والمدير على ما بينه ان شاء الله تعالى

والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو ملك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقبض القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كافي ببيع أم الولد والمدير على ما بينه ان شاء الله تعالى

قال (أما بيع الخمر والخنزير) يعني إذا جعل مبيعا (فإن كان بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل وإن كان بعين) ببيع المقايضة (ففساد الفرق أن الخمر مال) في الجملة في شرع ثم أمر باهانتها في شرع نسخ الاول وفي غلظه بالعقد مقصود اعزازه حيث اعتبر المقصود من تصرف العقد بخلاف جعله غنا وإذا بطل كون الخمر مبيعا فلان يبطل إذا جعل المينة والخمر مبيعا أولى ومقتضى هذا أن يبطل في المقايضة بطريق أولى لأن كلا منهما مبيع لكن لما كان كل منهما غنا أيضا كان كلاهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثمنية والمبيعية في كل منهما فاعتبر الخمر غنا والثوب مبيعا والعكس وإن كان يمكن لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقد المكلفين باعتبار الاعزاز للثوب مثلا فيبقى ذكر الخمر معتبرا لاعزاز الثوب لا الثوب للخمر فوجب قيمة الثوب لا الخمر ولا فرق بين أن تدخل الباء على الثوب أو الخمر في جعل الثوب المبيع وجه البطلان في بيع هذه الأشياء النص لقوله صلى الله عليه وسلم عن الله تعالى ثلاثة أنا خصمهم يوم القيمة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فكل غنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره ومعنى أعطى بي أعطى ذمة من الذمات ذكره في صحيح البخاري وقوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح لعن الله الخمر إلى أن قال وبأنه ما وفي الصحيحين لعن الله اليه وحرمت عليهم السحوم فجعلوا هافبا عوفا فأكوا غنائها وحديث أن الله تعالى إذا حرم شيئا حرم غنمه وأما الإجماع فظاهر ثم المراد بالمينة التي يبطل العقد بها وعليها التي ماتت حلت أنفها أما المخنقة والموقوذة فهي وإن كانت في حكم المينة شرعا فإنا نحكم بجوازها إذا وقعت بين مسلم لأنهم مال عندهم كالخمر كذا ذكره المصنف في التكميلين مطلقا عن الخلاف وفي جامع الكرخي يجوز بينهم عند أبي يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد أن أحكامهم كاحكامنا شرعا إلا ما استثنى بعد الأمان والذي استثنى الخمر والخنزير فيبقى ما سوى ذلك على الأصل وانفق الرواة عن أبي حنيفة أن بيع الأشربة المحرمة تجوز إلا الخمر ومنعاجواز كل ما حرم شربه وثبت الضمان على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع وقوله في الذخيرة في المخنقة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لأنها وإن كانت ميتة عندنا فهي مال عند أهل الذمة فيجب أن البيع فاسد فكانت كالخمر ثم (الباطل لا يفيد ملك التصرف ولو ملك المبيع في يد المشتري فيه) أي في البيع الباطل (يكون أمانة عند بعض المشايخ) هو أبو نصر بن أحمد الطواويس وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (لأن العقد غير معتبر فبقبض) مجرد (القبض باذن المالك) وذلك لا يوجب الضمان (وعند البعض) كشمس الأئمة السرخسي وغيره (يكون مضمونا) بالمثل أو القيمة وهو قول الأئمة الثلاثة (لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كافي ببيع أم الولد والمدير على ما بينه ان شاء الله تعالى) إذا بيعا فاعتد المشتري لا يضمن ما عند أبي حنيفة ويضمنها عندهما والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليس يضمن مع تسمية الثمن بلا إزام ببيع كان يقول اذهب بهذا فان رضيت اشتريته بعشرة فإذا هلك ضمن قيمته فإذا ضمن هذا مع أنه لم يوجد فيه صورة العلة فلان يضمن فيما نحن فيه مع أنه وجد ذلك أولى ولن ينصر المروي عنه من عدم الضمان إن الضمان في المقبوض على سوم الشراء إن قلت أنه عند صحة كون المسمى غنا كالدرهم على ما ذكرنا من قوله أن رضيت اشتريته بعشرة سلمناه وهو منتف في تسمية المحرم كالخمر وإن قلت عند التسمية مطلقا منعاه فيجب تفصيله وهو أنه إن كان البطلان لعدم مالية الثمن أصلا لا يضمن وإن كان لعدم المبيع كالأوباعه على أنه

والمدير على ما بينه ان شاء الله تعالى

والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به) أي إذا كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق الروايات وأما إذا قبضه بعد الاقتراق عن المجلس  
غير اذن البائع ذكر في المأذون أنه لا يملك فالوذلك محمول على ما إذا كان الثمن شيئاً لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير وأما إذا كان  
شيئاً يملكه فقبض الثمن منه يكون اذناً بالقبض فان قيل لو أفاض ذلك الملك لحاز للمشتري وطع جارية اشتراها شرعاً فاسداً وجازاً أخذ الشفعة  
للشفعة في الدار المشتراة بشرائه فاسداً ويحل كل طعام اشتراه كذلك لأن الملك مطلق له لكن ليس له ذلك فالجواب إن ما لم يحل وطؤها  
وأكله لم تثبت الشفعة فيه ذكر لان في الاشتغال بالوطع والاكل اعراض عن الرد في القضاء بالشفعة فتقرر بالفاسد أنها كسده فلا  
يجوز وأعلم أن المشايخ اختلفوا في معنى جواز التصرف للمشتري في المشتري بشرائه فاسداً فذهب العراقيون إلى أنه مبنى على تسليط  
البائع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة قالوا لو ملك العين للمالك الأمور المذكورة ولم يملكها وذهب مشايخ بلخ إلى  
أن جواز التصرف بناء على ملك العين واستدلوا بما إذا اشتري داراً بشرائه فاسداً وقبضها فبيع بمجنها داراً أخرى فلم يشتري أن يأخذها  
بالشفعة لنفسه ولو اشتري جارية بشرائه فاسداً وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء ولو باع الاب أو الوصي عبد يقيم بيعاً فاسداً  
وقبضه المشتري ثم أعتقه جاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه  
الأحكام أنه يملك العين وأجابوا ( ١٨٨ ) عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الأصح وإذا كان مفيداً

للملك عند اتصال القبض به  
كان المبيع مضموناً في يد  
المشتري فيه أي في البيع  
الفاسد وفيه خلاف  
الشافعي وسنبيته بعد هذا  
في أول الفصل الذي يلي  
هذا الباب ( قوله وكذا  
بيع الميتة ) يعني كأن  
البيع بهذه الأشياء باطل  
فكذلك بيع هذه الأشياء  
لأنها ليست أموالاً فلا  
تكون محللاً للبيع وأما  
بيع الخمر والخنزير فلا  
يخلو إما أن يكون بالدين  
كالدراهم والدنانير أو  
بالعين فإن كان الأول  
فالبيع باطل لا يفيد ملك

والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيه وفيه خلاف  
الشافعي رحمه الله وسنبيته بعد هذا أو كذا بيع الميتة والدم والحرباطل لأنها ليست أموالاً فلا تكون  
محللاً للبيع وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قبول بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل وإن كان قبول  
بعين فالبيع فاسداً حتى يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق أن الخمر مال  
وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بآهاته وترك أعزازه وفي عتقه  
بالعقد مقصوداً أعزازه وهذا لأنه متى اشتراها بالدراهم فالدرهم غير مقصوداً لكونها وسيلة لما أنها  
تجب في الذمة وإنما المقصود بالخمر فسقط التقوم أصلاً بخلاف ما إذا اشتري الثوب بالخمر لان المشتري  
لثوب أغني بقصد عتق الثوب بالخمر وفيه أعزاز لثوب دون الخمر فبقبض كراخمر معتبر في عتق الثوب لا في  
حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجب قيمة الثوب دون الخمر وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر  
شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة

ياقوت فإذا هوز جاج بثن صحيح دراهم مثلاً فقبضه يصير مضموناً (والفاسد يفيد الملك عند اتصال  
القبض به) إذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات فملكه ويصير مضموناً عليه بالمثل إن كان  
مثلياً أو القيمة وكذا إذا قبضه في مجلس العقد بغير إذنه على الصحيح وفي غير مجلس العقد هل يملكه شيئاً  
تمام هذه المسائل في أحكام البيع الناسد وكذا الخلاف في أن المملوك التصرف أو العين ووجه لزوم  
القيمة وما عليه من الأشكال وقوله ( وفيه ) أي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الناسد (خلاف  
الشافعي) وكذا مالك وأحمد باعتبار أن الفاسد هو عندهم الباطل وسنبيته المصنف في فصل أحكام  
الخمر ولا ما يقابلها وإن كان الثاني فالبيع فاسداً لا يفيد ملك الخمر  
ويفيد ملك ما يقابلها من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين أن الخمر مال وكذا الخنزير عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم أي غير  
معزى يقابله قيمة لأن الشرع أمر بآهاته وترك أعزازه وما أمر الشرع بترك أعزازه لا يكون معزواً فلا يكون متقوماً وفي عتقه بالعقد  
مقصوداً أي بجعله مبيعاً أعزازه وهو خلاف المأمور به وبما أنه ما ذكره بقوله وهذا لأنه متى اشتراها بالدراهم والدنانير فالدرهم غير مقصوداً  
لكونها وسيلة لما أنها توجب في الذمة وإنما المقصود بالخمر وفي جعله كذلك خلاف المأمور به فسقط التقوم أصلاً لثلاث يفضي إلى خلاف  
المأمور به وحينئذ يكون البيع باطلاً بخلاف ما إذا اشتري الثوب بالخمر لان المشتري الثوب بجعله مبيعاً أغني بقصد عتق الثوب بوسيلة  
الخمر وفيه أعزاز لثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك أعزازها ولا خلاف ما أمر به فلا يكون باطلاً وفسدت  
التسمية ووجب قيمة الثوب دون الخمر وكذا إذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسداً وإن وقع الخمر مبيعاً والثوب غنماً دخول البائع لكونه  
مقايضة وفيها كل من العوضين يكون غنماً وثماناً لما كان في الخمر جهة التمنية ربح جانب الفساد على جانب البطالة لا من صوناً للتصرف  
عن البطالة بقدر الامكان

(قوله فالجواب إن غنماً يحل وطؤها) أقول وسيجيء في فصل أحكام البيع الفاسد منع قوم حل تناول الطعام المشتري شراء فاسداً وعدم  
حل وطع الجارية المشتراة كذلك (قوله إلا أنه غير متقوم) أي غير معزوز أقول عز لازم فالظاهر أن يقول غير معزوز

قال (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) أي باطل وانما قسرة بذلك لثلاثتهم انه بقيه الملك بانصال القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الخ وتحقيقه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليها الابطال وثبوت الملك يطلها وأحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت لقوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولها فينتفي الآخر لا يقال هو متروك الظاهر لانه لا يوجب حقيقة العتق وأنتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا لان المجاز مراد بالاجماع وكذلك المناقاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدير في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم لان الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان إماما غير ثابت مطلقا أو ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم إهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والأعمال أولى وكذلك الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فحق قلنا انه ينعدم سببا بعد الموت احتجنا الى بقاء الاهلية والموت (١٨٩) ينافيها فعدت الضرورة الى القول

بانعقاد التدبير سببا في الحال وتأخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق السيد اللازمة في حق المولى ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفي الآخر وانما قيد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتجيزه نفسه فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحيتن بطل بيع القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محلبة البيع أصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء

قال (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولها وسبب الحرية انعقد في المدير في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضى المكاتب بالبيع فقيهه روايتان والظاهر الجواز والمراد المدير المطلق دون المقيّد وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في العتاق

البيع الفاسد أي بين الوجه من الجانبين (قوله وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) هذا لفظ القدوري قال المصنف (ومعناه باطل لان استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم) بجهة لازمة على المولى بقوله صلى الله عليه وسلم في أم الولد (اعتقها ولها) وأقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على وجه الزوم وبتحجج التدبير شرعا وتصححه يوجب انعقاد التدبير سببا للعتق في الحال لانتهاء اهلية الاعتاق عن السيد بعدموته والاجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا في الحال (والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى) حتى لا يملك فسخ الكتابة (فلو ثبت الملك) للشترى (بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز) البيع وما لا يفيد الملك من البيع فهو باطل وذكر في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبيعن في دين وحديث أعتقها ولها تقدم في باب الاستيلاد واذا كان أقل ما يوجب هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالجواز مراد منه بالاجماع (ولو رضى المكاتب فقيهه روايتان والظاهر جواز بيعه) وتفسخ الكتابة في ضمنه لان الزوم كان لحقه وقد رضى باسقاطه (والمراد) بالمدير (المدير المطلق) وتقدم خلاف الشافعي رحمه الله في جواز بيعه في كتاب العتاق أما المقيّد فجواز بيعه اتفاق واستشكل حكم المصنف بأن بيع المدير وأخويه باطل فانه يوجب كونهم كالحر ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن اذا جاع مع مدير أو أم ولد أو مكاتب كما اذا ضم الى حر وهو منتف بل يصح بيع القن ويلزم مشترط ما حصته من الثمن المسمى وأجيب بأن المراد من قوله باطل أنهم لا يملكون بالقبض كما لا يملك الحر فكأنوا أمته فلو قال فاسد ظن أنهم يملكون وأما تملك القن المضموم

باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقة الفرق بينهما وللهذا جاز بيع أم الولد والمدير والمكاتب من أنفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاءه واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم بقن بحصته من الثمن والبيع بالحصّة بقاء جائز بخلاف الحر فانه لما يدخل لعدم المحلبة لزم البيع بالحصّة ابتداء وانه باطل على ما يجيء قال (ولو رضى المكاتب بالبيع فقيهه روايتان والظاهر الجواز الخ) لان عدمه كان لحقه فلما أسقط حقه رضاه انقضت الكتابة وجاز البيع وروى في النوادر انه لا يجوز والمراد من المدير هو المطلق دون المقيّد بالتفسير المار في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي

قال المصنف (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد ومعناه باطل) أقول قال الزبلي أي في حق نفسه لا فيما يقابله انتهى فان ما يقابله يملك بالقبض الا أنه سيجي في آخر هذا الباب ان البيع فيما ذكره موقوف (قوله لا يدخل عليها الابطال) أقول وللخصم أن ينازع فيه

وقد تقدم فيه وان ماتت أم الولد والمدير في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقال لا يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن أبي حنيفة وهذا ليس على ظاهره بل (١٩٠) الروايتان عنه في حق المدير روى المعلق عن أبي حنيفة انه يضمن قيمة المدير بالبيع

قال (وان ماتت أم الولد والمدير في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقال عليه قيمتهما) وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لأن المدير وأم الولد دخلا تحت البيع حتى يملك ما يضمن اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به

اليهم فلدخولهم في البيع لاصلاحتهم لذلك بدليل جواز بيع المدير من نفسه ولذا الوضى قاض يجوز بيعه نفذ وكذا أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف في أصح الروايتين وهذا الجواب عما يوهم أنه بيع فاسد ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض والحق أن لا حاجة الى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه وجاز أن يختلف افراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصية فان قيل التخصيص لازم على كل حال فانه ان كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو وتخصيص وان كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى يملك الف المضموم اليه وهذا تخصيص للبطل فليكن فاسدا مخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة الى تأويله بالبطل فلنا نحن لم نعط حكم البطل انه لا يدخل في العدة بوجه اياهم تخصيصه ويتعدى للآزم على تقدير تأويل الفاسد بالبطل وعدمه انما قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر أنه اتفق ان بعض ما هو مبيع باطل يدخل في العدة كالمدير وبعضه لا يدخل كالحر وأصل السؤال فاسد لانه مغالطة لان قوله في الكبرى لو كان كالحر لم يملك القن المضموم اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة لو كان باطلا كان كالحر في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وحينئذ فعدم الاستلزام ظاهر (قوله وان ماتت أم الولد والمدير في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقال عليه قيمتهما للبائع وقولهما) هذا (رواية عنه) وفي النهاية ان الروايتين عنه في المدير أم أم الولد باتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري ولا الغاصب قيمتها اذ لا تقوم لام الولد عنده وانما يضمن بما يضمن الصبي الحر اذا غصب ومعه انه اذا نقلها الى أرض مسبعة أو كثيرة الحيات غانت بنش حية أو اقتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبي بشرطه أما المدير فيضمن في البيع والغصب على روايتهم اهذه (لهما) في ضمان المدير وأم الولد (انهم مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه) بالقبض (كسائر الاموال) المقبوضة على سوم الشراء (وهذا) أي كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضمن اليهما عما يصح غنمك وتعليكه واذا قبض بعد لفظ العدة عليه وهو فيما يصح ان يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع (بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه) لانه حريدا فلا يضمن بقبضه على احدي الروايتين أعني التي تبطل بيعه وان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا يتحقق في حقه القبض (وهذا الضمان بالقبض) وقد يجادل المشار اليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وما صرنا اليه أحسن ان شاء الله تعالى لان المذكور بعده تعليل للمشار اليه وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليله بما قبله من كونهما مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل لما لم يعمل اذا صلح له وهو صالح بل انصابه ليس الاعليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع ببيان أنه يدخل تحت البيع وأما كونه مقبوضا بفرض وقوعه حسا وأما تفسير المقبوض بجهة البيع بأنه المقبوض ليشترى بعد القبض ان وافقه فالوضع لزم ان لا يضمن لانهما لم يقبضا ليشترى بجهة القبض أن واقفا بل قبضا بعد الموافقة وانما العام البيع بوجههما فالمد كور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان فالق ان المقبوض أعم من ذلك وهو مما صدقات المقبوض بجهة البيع

كما يضمن بالغصب وأما في حق أم الولد فانفتحت الروايات عن أبي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانها لا تقوم لما يمتها والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المدير وضمان بيعه في غيره رواية المعلق ان ضمان البيع وان أشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما ينبت به اذا الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع انهدرت هذه الجهة فبقى قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه أي كل واحد منهما من المدير وأم الولد مقبوض بجهة البيع لان المدير وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك ما يضمن اليهما في البيع كما مر آنفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وتعلق ما يضمن اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك أجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتعلق المضموم

قال المصنف (وقال عليه قيمتهما وهو رواية عنه) أقول قوله وهو أي تضمين قيمة المدير دون أم الولد في كلامه تساهل وسجي في باب كتابة العبد المشترك من الأكل وغيره ان في تقويم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة

ولا يحنيفة ان جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الخافضة بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما أي ام الولد والمدير لا يقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة بهما فصارا كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة (قوله وليس دخولهما) جواب عن قوله ما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان تكون (١٩١) عائدة الى غيره كنبوت حكم البيع فيما

ضم اليهما وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبدا مع عبد المشتري من المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشتري عبد الباقي بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبده البائع فكذلك هذا قال (ولا يجوز بيع السمك في الماء قبل ان يصطاده) بيع السمك قبل الاصطياد بيع مالا يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم ألقاه في الحظيرة فلا يجزى اماناً ان تكون صغيرة أو كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بشكاف واحتمال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واما سلمها الى المشتري فله خيار الرؤية وان رآها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء فصار كأنه اشترى مالم يره (قوله الا اذا اجتمعت) استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز لا اذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه غير

وله أن جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وانما ذلك لينبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كالشركاء لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما ينبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا قال (ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد) لانه باع مالا يملكه (ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد) لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا أخذه ثم ألقاه فيه اولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز لا اذا اجتمعت قيمها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك

فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء وما نحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء والاصار الاصل عين الفرع فالمقبوض على سوم الشراء هو الاصل فيما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق (وله أن جهة البيع انما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته) أي حقيقة حكمه وهو الملك لان ضمان القيمة في البيع انما هو مقابل ملك المبيع فلا بد من اعتبار جهة البيع والملك متصور هنا مع اعتبار جهته فبقى مجرد قبض باذن المالك فلو أوجبناها كان عدوانا محضاً بخلاف ضمان الغصب في المدير فانه لا يستدعي ذلك الاعتبار فكان مجرد القبض بغير اذن المالك وهنا الاذن موجود ودخوله ما في البيع ليس الا لينبت حكمه فيما ضم اليه ما فقطع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب (فصار كالشركاء لا يدخل في حكم عقده بانفراده) ويدخل اذا ضم البائع اليه مال نفسه وباعه ماله صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل انه لا يصح أصلا في شيء واذا قسم الثمن على قيمتي المضموم وأم الولد والمدير فاعلم أن قيمة أم الولد ثلث قيمته اذنة وقيمة المدير ثلثا قيمته فبقا وقيل نصفها وبه يفتى وتقدم ذلك في العناق (قوله ولا يجوز بيع السمك في الماء) بيع السمك في البحر أو النهر لا يجوز فان كانت له حظيرة قد خلها السمك فاما أن يكون أعدها لذلك أو لا فان كان أعدها لذلك فادخلها ملكه وليس لاحد أن يأخذها ثم ان كان يؤخذ بغير حيلة اصطياد جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم مثل السمكة في حب وان لم يكن يؤخذ الا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن أعدها لذلك لا يملك ما يدخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك الا أن يسد الحظيرة اذا دخل تحت بند ملكه ثم ينظر ان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه والا لا يجوز ولو لم يعددها لذلك ولكنه أخذها ثم أرسلها في الحظيرة ملكه فان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم أو بحيلة لا يجوز لانه كان مملوكا فليس مقدور التسليم وقال أبو يوسف في كتاب الخراج رخص في بيع السمك في الآجام أقوام فكان الصواب عندنا في قول من كرهه حدثنا العلاء بن المسيب بن رافع عن الحرث العكلي عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال لا تبيعوا السمك في الماء فانه غرر وأخرج مثله عن ابن مسعود ومعلوم أن الاجبة قد يؤخذ منها السمك باليد والغرر والخطر وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه فلذا جعل من بيع الخطر (فروع) من مسائل التهيئة حفر حفرة فوق وقع فيها صيد فان كان اتخذها لصيده ملكه وليس لاحد أخذه وان لم يتخذها له فهو لمن أخذه نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه فلو كان نصبها ليحفرها

مستثنى من المأخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه وفيه إشارة الى أنه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها ما بغيره الاجتماع في ملكه فلا يملكوا باض الطير في أرض انسان أو فرخت فانه لا يملك لعدم الاراز لا يشكل بما اذا غسل النحل في أرضه فانه يملك بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحزره أو يهيئه موضعا لان العسل انذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسه فانه ليست فيها على وجه القرار

قال (ولا يجوز بيع الطير في الهواء) بيع الطير على ثلاثة أوجه الأول بيعه في الهواء قبل أن يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بيعه بعد أن أخذه وأرسله من يده وهو أيضا لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويحيى كالحمام وهو أيضا لا يجوز في الظاهر وقد كره في فتاوى قاضخان (١٩٣) وأن باع طير له يطير في الهواء أن كان داخليا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف جاز

بيعه والا فلا (ولا يجوز بيع الحمل) أي الجنين (ولا نتاج الحمل) وهو حبل الحمل وقد نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحمل وحبل الحمل والنتاج في الأصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن أريد به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبلت المرأة حبلا فهي حبل فسمي به المحمول كإسمي بالحمل وانما دخلت عليه التاء اشعارا لمعنى الاثنية فيه قيل معناه أن يبيع ما سوف يحمله الجنين أن كان أنثى وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فأبطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن فيه غررا وهو ما طوى عنك عليه قال المغرب في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدري أيكون أم لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء قال (ولا اللين في الضرع للغرر الخ) وبيع اللين في الضرع لا يجوز لوجه ثلاثة للغرر لوزان أن يكون الضرع منتفعا يظن لبنا والغرر منهى عنه والنزاع في كيفية الحلب فإن المشتري يستقصى في الحلب والبائع يظن أنه يترك داعية اللبن ولأنه يزاد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها

قال (ولا بيع الطير في الهواء) لأنه غير مملوك قبل الأخذ وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم قال (ولا بيع الحمل ولا النتاج) لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الحمل وحبل الحمل ولأن فيه غررا ولا اللين في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولأنه يناع في كيفية الحلب ويرى بما يزاد فيختلط المبيع بغيره قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم

من يبل فتعلق بها لا يملكه وهو أن يأخذه الآن بأن في حوزة ومثله إذا هيا جمره لوقوع التنازع فيه ملك ما يقع فيه ولو وقع في جمره ولو لم يكن هيا لذلك فلا واحد أن يسبق في أخذه ما لم يكف جمره عليه وكذا من هيا مكانا للسرقة فله ما طرح فيه عند البعض وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا قال أهل سكة يرمون في ساحة رجل الرماد والتراب والسرقة هو لمن يسبق سواء هيا المكان له أولا أما النخل إذا غسل في أرض إنسان فهو له بكل حال لأنه ليس صيد بل قائم بأرضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد وكذا الفرخ لا يملك إلا بعد ادراك المكان لذلك (قوله ولا بيع الطير في الهواء) لأنه قبل أخذه غير مملوك وبعد أخذه وأرسله غير مقدور التسليم عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود إلى الجواز عنده مشايخ بل على قول الكرخي يعود وكذا عن الطحاوي وكذا الحكم فيما إذا جعل الطير غنما لأن العين المجعولة غنما مبيع في حق صاحبه وذكر الترمذ في لو باع طير يذهب ويحيى كالحمام فالظاهر أنه لا يجوز وفي فتاوى قاضخان وأن باع طير له يطير أن كان داخليا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه فلا تكلف جاز بيعه والا فلا وقول المصنف فيما يأتي والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مقدور التسليم بوافقته (قوله ولا الحمل) بسكون الميم مافي البطن من الجنين (ولا النتاج) لمافي الصحين والسنن عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبله وكان يبيعها يتاعه أهل الجاهلية كان الرجل يتساع الخزور إلى أن تنج الناقة ثم ينجم الذي في بطنها وفي الموطأ أن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال لا ربا في الحيوان وانما نهى عن الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقيح وحبل الحبله وانما بطل هذا البيع للغرر فعسى أن لا تلد تلك الناقة أو توت قبل ذلك وأما بالقط الذي ذكره المصنف عن بيع الحبل وحبل الحبله فغير معروف والملاقيح مافي الأرحام جمع ملقوح والمضامين مافي الأصلاب وقيل بالعكس جمع مضمون لتعت الناقة وولدها ملقوح به لأنهم استعموه بلا ياب قال ضمن الشيء أي تضمنه قوله (ولا اللين) يجوز بالجر عطف على المضاف إليه وتقدير المضاف والرفع على إقامته مقام المضاف (لغير فعله انتفاخ) وبه قال الشافعي وأجد وأجازته مالك أياما معلومة إذا عرف قدر حلاها ويكون تسليمه بالتخيل كبيع التمر على رؤس النخل وهو مردود بالنهي عن بيع الغرر (لأنه يناع في كيفية الحلب) في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم والتسلم وما وضعت الأسباب لالقطه فبطل قول مالك لذلك ولجواز أن يحدث لبن قبل الحلب فيختلط مال البائع بمال المشتري على وجه يجوز عن التخليص (قوله ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان لأنه يقوم به ولأنه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع (ولأنه ينبت من أسفل) ساعة فساعة (فيختلط المبيع بغيره) بحيث يتعذر التمييز (بخلاف القوائم) أي قوائم

عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بمال ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه بمطل للمبيع وبيع الصوف الخلاف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لأنه من باب أوصاف الحيوان لأن ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فإنه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فإن قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها

(قوله لأن استحقاقه عبارة عن جهة لا يدخل عليها الإبطال) أقول وللخصم فيه أن يناع فيه قوله لأن استحقاقه الخ تنظر هذه القولة لأن لم تغر عليها اه صححه

أجاب بأنها تزيد من أعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطا في أعلاها وتركها ما بقي الخيط أسفل مما في رأسها لأن والاعلى ملك المشتري وما وقع من الزيادة وقع في ملكه أما الصوف فان غنوه من أسفل (١٩٣) فان خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك

حتى غمافا لمخضوب يبقى على رأسه لا في أصله فان قيل القصصيل كالصوف وجاز بيعه أجاب بأن القصصيل وان أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القطع فيقطع وأما القطع في الصوف فتعين اذ لم يعهد فيه القلع أى التفت فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع وقد صرح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف على ظهر الغنم (وجذع في سقف) اذا باع جذعا في سقف أو ذراعا من ثوب يعنى ثوبا يضره التبعض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكرا القطع أولا لأنه لا يمكن التسليم الا بضر لم يوجب العقد مثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع وتتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في التبعض مضرة كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لاتفاء العلة

لانها تزيد من أعلى وبخلاف القصصيل لأنه يمكن قلعها والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صرح انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوزه بيعه فيما يروى عنه قال (وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع أولم يذكرا) لأنه لا يمكن التسليم الا بضر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبعضه

الخلاف (لانها تزيد من أعلاها) ويعرف ذلك بأن توضع في مكان من القائمة علامة فانها بعد ذلك تصير أسفل ويرتفع عنار رأس القائمة ويرتفع غيرها عما يزيد من أسفل فالرائد يكون على ملك المشتري وقال الامام الفضلي الصحيح عندى أن بيع قوائم الخراف لا يجوز لأنه وان كان ينمو من أعلاه فوضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشتري لا يجوز بلهاه موضع القطع وما ذكره من منع بيع الشجر ليس متفقا عليه بل هي خلافية منهم من منعها اذ لا بد في القطع من حفر الارض ومنهم من أجازها للتعامل (بخلاف القصصيل) لأنه يقطع فلا تنازع جاز بيعه فانما في الارض قال المصنف (وقد صرح أنه صلى الله عليه وسلم نهى الى آخره) وذلك ان الطبراني قال حدثنا عثمان بن عمر الضبي حدثنا حفص بن عمر الحوضي حدثنا عمر بن فروخ حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تباع غرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع وأخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمر بن فروخ قال الدارقطني وأرسله وكيع عن عمر بن فروخ ولم يذكر ابن عباس وهذا السند حجة وقول البيهقي تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوى لا يضره فانه ان كان كما قال فالمرسل حجة كالمرفوع لكن الحق خلاف ما قال في تضعيف ابن فروخ فقد نقل الذهبي وثبت عمر بن فروخ عن أئمة الشأن كأبي داود وابن معين وأبي حاتم والرفع زيادة وهي من الثقة مقبولة ورواه أبو داود في مراسيله عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن ورواه الدارقطني في سننه عن وكيع عن عمر بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ ابن أبي شيبة وروى مرة موقوفا على ابن عباس في مراسيل أبي داود وكذا رواه الشافعي رحمه الله قال أخبرنا سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس انه كان ينهى عن بيع اللبن في ضرع الغنم والصوف على ظهورها فعرف بذلك أن كل ما بيع في غلافه لا يجوز كاللبن في الضرع واللحم في الشاة الحية أو شحمها أو ألبانها أو أكارعها أو جلودها أو دقيق في هذه الحنطة أو سمن في هذا اللبن وشحو ذلك من الاشياء التي غلفها لا يمكن أخذها وتسليمها الا بافساد الخلقة والمحبوب في قشرها مستثنى من ذلك بما أسلفناه والذهب والفضة في تراجمها بخلاف جنسها والله الموفق (قوله وجذع من سقف) بالجرأى لا يجوز بيع جذع من سقف (وذراع من ثوب) أى ثوب يضره القطع كالعامة والقميص أما ما لا يضره القطع كالكرباس فيجوز وقول الطحاوي في آجر من حائط أو ذراع من كرباس أو ديباج لا يجوز ممنوع في الكرباس أو محمول على كرباس بتعيب به أما ما لا يتعيب به فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة وكذا لا يجوز بيع حلية من سيف أو نصف زرع لم يدرك لأنه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه وكذا يبيع فص خاتم مركب فيه ومثله نصيبه من ثوب مشترك من غير شريك وذراع من خشبة للزوم الضرر في التسليم في كل ذلك وأورد عليه انه ضرر لزم البائع بالتزامه أوجب بأنه التزم العقد ولا ضرر فيه ولا يخفى ما فيه وقول آخر الاسلام ان رضى فله أن يرجع فيبطل البيع

(قوله فيتمكن من الرجوع

٣٥ - فتح القدير خامس) وتتحقق المنازعة أقول فيه بحث فانه اذا كان متمكنا من الرجوع شرعا لا يعتبر غنازعه اذ لا وجه لها والاولى عندى أن يقال بدله ولا يكون لازما والبيع اذا لم يكن مشروطا فيه الخيار يكون لازما فيبطل فليتأمل

(ولم يكن الجذع معينا لا يجوز لزوم الضرر والجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قطع الجذع قبل أن يفسخ المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المفسد) وهو الضرر (ولو باع النوى في التمر أو البز في البطيخ لم يصح وأن شقه ما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالا) أي هوشى مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة في سنبلها وأمثالها بيع ما في وجوده احتمال فانه شيء مغيب في غلافه وهو جائز أجيب بأن جوازه باعتبار صحة (١٩٤) انطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت في سنبلها

انما يقال بعث هذه الحنطة فالذ كور صريح بها هو المعقود عليه فصحة العقد لا مما لا لتصح لفظه وأما بز البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البز والنوى والحب لا ينطلق عليه اذ لا يقال هذا بز ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ ونوى وقطن فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذ كور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واضع وطريق من لا يرى ذلك عرف في أصول الفقه وقوله (أما الجذع فعين موجودة) إشارة الى تمام الفرق بين البز والنوى والجذع المعين في السقف بأن الجذع معين موجودا في القرض فيه والبز والنوى ليس كذلك فان قيل اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا يتقلب البيع جائزا وان كان الجلد عيناً موجوداً كالجذع في السقف وكذا بيع كرشها وأكارعها أجيب بأن المبيع

ولم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا والجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قطع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر أو البز في البطيخ بحيث لا يكون صحيحا وان شقه ما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالا أما الجذع فعين موجودا قال (وضربة القانص) وهو الآن يقطع أو يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحا كذلك فان الرجوع لا يمكنه مع المزم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر وأما إيراد الحجابة فدفع بأنه ليس فيه استملاك مال نعم يرد بيع الحجاب التي لا تخرج الا بقطع الابواب على قول من أجاز والبعض قد منعه وأجيب بأن المتعيب الجدران دون الحجاب وهذا يفيد أن المنظور اليه في المنع تعيب المبيع والكلام السابق يفيد أنه تعيب غير المبيع وهو الظاهر والحق انه لا بد من بيع حاكم يمنع هذا وما يطبق به هذا هو المعزول عليه وذلك هو الحديث السابق من نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن في الضرع والسمن في اللبن أفاد أن المنع اذا كان لا يسلم المبيع الا بعيب فيه ضرر بغير المبيع فان اللبن يدخله ضرر بتسليم السمن وأظهر من هذا ثبوت الاجماع على عدم جواز بيع أطراف الحيوان كيف شاء واليهاء وحلها وهو معلل بما يلزم في التسليم من الضرر على البائع في المبيع فخرج بيع الحجاب التي يحتاج في تسليمها الى هدم أكثاف الابواب على من يبيع بيعها (قوله ولم يكن معينا) يعني الجذع والذراع (لا يجوز لما ذكرنا) من لزوم الضرر (والجهالة) ومعنا ان هذا فيما يتعيب بالتعيب ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقرة (ولو قطع البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحيحا لزوال المفسد) قبل نقض البيع ولو فعل بعد الفسخ لا يجوز وقوله (بخلاف ما اذا باع النوى في التمر أو البز في البطيخ) وكسرهما وسلم البز والنوى قبل الفسخ (لا يعود صحيحا) لان الفساد للقرر (اذ في وجودهما احتمال) فكان كبيع بلا مبيع فوقع باطلا بخلاف الجذع فانه عين محسوسة قائمة وانما يفسد للزوم الضرر فاذا تحمله البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم في بيع صحيح لان الغرض ان البيع قائم لكن بوصف الفساد فاذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالضرورة بيعا لا فساد وهو معنى الصحيح فهذا معنى قولهم انقلب صحيحا بخلاف الاول وقع باطلا وهو معنى المعلوم شرعا فليس هناك بيع قائم ليزول المبطل فيبقى بيعا لا بطلان بل اذا زال المبطل بقي ملك المبيع بلا مانع من إيراد العقد الصحيح عليه وعدم المانع من إيراد العقد الصحيح واجبا وليس هو وجود البيع الصحيح ونقص بعدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة معينة أو كرشها أو سواد بطنها فذبحها وأعطاها ذلك حيث لا يتقلب جائزاً مع أنه تحمل الضرر بالذبح أجيب بأن المنع هناك لعله أخرى غير لزوم الضرر في التسليم وهو كونه متصلا بمتضمنه خلقه والنقص عنه وهو النهي عن بيع الصوف على الظهر واللبن في الضرع والسمن في اللبن وقد يقال لا أثر لذلك فيما فيه الكلام وهو انه اذا زال المانع بالذبح والفصل فان قيل يتناوله بعد الفصل النهي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منها فلنا وكذا الجذع في السقف سواء (قوله وضربة القانص) بالرفع والجرح على قياس ما تقدمه (وهو) الصائد يقول

بعثك

وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقه فكان تابعا له

فكان المحزر عن التسليم هناك معنى أصليا لانه اعتبر عاجزا حكما لمافيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد وأما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما يشبب الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد والمحزر عن التسليم حكى لمافيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قطع والتزم الضرر زال المانع فيجوز وحينئذ يجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم قال (وضربة القانص) القانص الصائد يقال قنص اذا صاد وضر به القانص

ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر القاهوا منه نهى عن ضربة وفي تهذيب الازهرى عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللائى وهو أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة فما أخرجت فهو لك بكذا والمعنى فيه ما واحد وهو أنه مجهول وأن فيه غررا لأنه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شئ من الصيد وأن لا يخرج من الغوصة شئاً قال (وبيع المزابنة) الرفع فيه والجرو الرفع فيما تقدم جاز والمزابنة وهو بيع الثمر بالتاء المثناة على النخل بتمر بالتاء المثناة مجذوزة مثل كيل ما على النخل من الثمر خرزا وظنا لا حقيقيا لأنه لو كان مثله كيلاً حقيقيا لم يبق ما على الرأس غرابيل تمر مجذوزا كالذي يقابله من المجذوز لا يجوز لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة والمخافلة والمخافلة بيع الخنطة في سنبلها بخنطة مثل كيلها خرصا ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لأن فيه شبهة الزا بالمحققة بالحقيقة في التحريم كالأمر بامور وعين على الأرض وباع أحدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق وله في مقدار خمسة أوسق قولان استدلل بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وفسرها بأن يباع الثمر الذي على رأس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق وأنت

ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غررا قال (وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوز مثل كيل خرصا) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة والمخافلة فالمرابنة ما ذكرنا والمخافلة بيع الخنطة في سنبلها بخنطة مثل كيلها خرصا ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة أوسق لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق قلنا العربية العطية لغة وتأويله أن يبيع المعري له ما على النخل من المعري بتمر مجذوز وهو بيع مجاز لأنه لم يملكه فيكون رابعا مبتدأ

بعتك (ما يخرج من) القاء هذه (الشبكة مرة) بكذا وقيل بالغين والياء الغائص قال في تهذيب الأزهري نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص يقول أغوص غوصة فما أخرجت منه من اللائى فهو لك بكذا فهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غررا وبطله ما يخرج (قوله) وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوز مثل كيل خرصا لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة في الصحيحين من حديث جابر بن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمخافلة وزاد مسلم في لفظ وزعم جابر أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمخافلة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحلب كيلا وأخرج البخاري عن أنس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخافلة والمخافلة والمناذرة والمزابنة وقول المصنف (بمثل كيل خرصا) الخرص الحزر (وكذا العنب بالزبيب) لا يجوز ومعنى النهى أنه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما (كالو) كانا موضوعين على الأرض وقال الشافعي رحمه الله تجوز المزابنة بالتفسير الذي ذكرنا (فيمادون خمسة أوسق) لما في الصحيحين من حديث أبي هريرة أنه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا وفي الصحيحين أيضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عليه الصلاة والسلام في بيع العرايا أن اتباع بخرصها وفي لفظ رخص في العربية أن تؤخذ بمثل خرصها تمرا بالتمر طريا ووافق الشافعي أحمد

لوعده وبه نقول لأن الموهوب لم يصير ملكا للموهوب له مادام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من الثمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة ويسمى بيعا مجازا لأنه في الصورة عوض يعطيه للتمرز عن خلف الوعد واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوى أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الأول أنه جاء في حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا فسيأق به يدل على أن المراد بالعرايا بيع تمر بتمر والثاني أنه جاء في حديث جابر رضي الله عنه بلفظ الاستثناء إلا العرايا والأصل حل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المستثنى منه والجواب عن الأول أن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم وعن الثاني أنه على ذلك التقدير ينافي قوله عليه الصلاة والسلام المشهور بالتمر مثلاً بمثل والمشهور قاض عليه

(قوله قال وبيع المزابنة إلى قوله من المجذوز لا يجوز) أقول قوله الرفع فيه أى وحده وقوله والجسر والرفع أى كلاهما وقوله والمزابنة مبتدأ وقوله لا تجوز خبره

الضمير في قوله بخرصها على أنه جمع الثمرة قلنا بالقول بالموجب وهو أن يقول سلمنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا فان في الأحاديث الدالة على ذلك كثرة لا يمكن منعها لكن ليس حقيقة معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة وتأويلها أن يهب الرجل ثمره نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل يوم لتكون أهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوزا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر) سأل البائع السلعة أي عرضها واذكر ثمنها وسأله المشتري بمعنى استأمنها ببيع الملامسة هو أن يتساوم الرجلان في السلعة فيلصقها المشتري بيده فيكون ذلك ابتعاها لها رضى مالكها بذلك أو لم يرض وبيع المنابذة هو أن يتراوض الرجلان على السلعة فيجب مالكها الزام المساوم له عليها أيها فينبذها إليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه وبيع القاء الحجر هو أن يتساوم الرجلان على السلعة فاذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها ثم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها إرجاعها فيها وهذه كانت بيوعا في الجاهلية فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وبشارة الكتاب تشير إلى أن المنهى عنه بيع الملامسة والمنابذة وبيع القاء الحجر ملحق بهما لأنه في معناهما ولأن فيه تعليقا بالخطر والتبليكات لا تختم له لادائه إلى معنى القمار لأنه بمنزلة أن يقول البائع للمشتري أي ثوب ألقى عليه الحجر فقد بعته وأي ثوب لمسته يبدك فقد بعته وأي ثوب نبذته إلى فقد اشترته

(قوله وأي ثوب نبذته) أقول فيه مسامحة لا تخفى

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر واللامسة والمنابذة) وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أي يتساومان فاذا لمسها المشتري أو نبذها إليه اليافع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالأول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولأن فيه تعليقا بالخطر

في ذلك إلا أنه لم يصحها إلا للضرورة قال الطحاوي جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فقبلها أهل العلم جميعا ولم يختلفوا في صحة مجيئها ولكنهم تنازعوا في تأويلها فقال قوم العرايا أن يكون له النخلة أو النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر قالوا وكان أهل المدينة إذا كان وقت النحر خرجوا بأهلهم إلى حوائطهم فيجيئ صاحب النخلة أو النخلتين فيضرب ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير أن يعطيه خرس ماله من ذلك ثم ينصرف هو وأهله عنه وروى هذا عن مالك قال الطحاوي وكان أبو حنيفة يقول فيما سمعت أجد بن أبي عمران يذكر أنه سمع من محمد بن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال معنى ذلك عندنا أن يعري الرجل الرجل النخلة من نخله فلا يسل ذلك إليه حتى يبدوله فرخص له أن يجبس ذلك ويعطيه مكانه بخمره ثم قال الطحاوي وهذا التأويل أشبه وأولى بما قال مالك لأن العربية انما هي العطية ألا ترى إلى الذي مدح الانصار كيف مدحهم اذ يقول

فليست بسنهاء ولا رغبة \* ولكن عرايا في السنين الجوانح

أي انهم كانوا يعرفون في السنين الجوانح أي يبيعون ولو كانت كما قال مالكوا كفوهم مدوحين بها اذ كانوا يعطون كما يعطون والحق ان قول مالك قول أبي حنيفة هكذا حكمه عنه محقق ومذهبه واستدل عليه بأن العربية مشهورة بين أهل المدينة منذ اولة بينهم كذلك ثم على قولهم تكون العربية معناها النخلة ولا يعرف ذلك في اللغة وتخصيص مادون خمسة أوسق لانهم كانوا يعرفون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصة أن يخرج من اخلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق باعطاء هذا الترخص وهو غير الموعود دفعا للضرر عنه وكون اخلاف الوعد ثلث النفاق نقل عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه حين حضرته الوفاة قال زوجوا بنتي من فلان فانه كان سبق اليه مني شبه الوعد فلا أتني الله بثلث النفاق وجعله ثلثا لحديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة المناق ثلاث ان حدث كذب وان وعد اخلف وان أوعن خان وأما ما ذكر من تأويل العربية الامام موفق الدين روى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا تقرب أيديهم يتناعون به رطبيا كونه وعندهم فضول من الترفرخص لهم أن يتناعوا العربية بجرصها من الترفيا كونه رطبيا وقال متفق عليه فقد وهم في ذلك فان هذا ليس في الصحيحين بل ولا في السنن ولا في شيء من الكتب المشهورة قال الامام الزبلي مخرج الحديث ولم أجده سند بعد الفحص البالغ ولكن الشافعي ذكره في كتابه في باب العرايا من غير اسناد (قوله ولا يجوز البيع بالقاء الحجر واللامسة) إلى قوله (وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم إلى آخره) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة زاد مسلم أما الملامسة فان يأس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل فيلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية وهذا بان يكون مثلا في ظلمة أو يكون مطويا هريما متفقان على انه اذا لمسه فقد باعه وفساده لتعلق التملك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل التبذيعا وهذه كانت بيوعا بتعارفونها في الجاهلية وكذا القاء الحجر أن يلقي حصاة أو ثوبا في ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل وروية ولا

(ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهة المبيع الآن يقول على انك بالخيار ان تأخذاهم ما شئت فانه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام فيه قال (ولا يجوز بيع المرامي ولا اجارتها) والمراد به الكلا وهو ما ليس له (١٩٧) ساق من الحشيش كذا روى عن محمد

وقيل ما ليس له ساق وما له ساق فهو كلا وانما ساق المرامي بذلك لان لفظ المرامي يقع على موضع الرمي وهو الارض وعلى الكلا وعلى مصدر رمى ولو لم يفسر بذلك لتوهم ان بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الاراضي واجارتها صحيح سواء كان فيها الكلا أو لم يكن اما عدم جواز بيع الكلا غير المحرز فلانه غير مملوك لا يشترط الناس فيه بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بصوتها والاصطلاح بهم والشرب وسقي الدواب والاستقاء من الابار والحياض المملوكة والانهار المملوكة من الاراضي المملوكة والاحتشاش من الاراضي المملوكة ولكن له ان يمنع من الدخول في أرضه فان منع كان لغيره أن يقول له ان لي في أرضك حقا فاما ان توصلي الى حق أو تمنحه فتدفعه الى أو تدعي أخذه كتب لرجل وقع في دار انسان هذا اذا ثبت ظاهرا وأما اذا أثبت صاحب الارض بالنسبة فففيه اختلاف

قال (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهة المبيع ولو قال على انه بالخيار في أن يأخذاهم ما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بقروعه قال (ولا يجوز بيع المرامي ولا اجارتها) المراد الكلا أما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لا يشترط الناس فيه بالحديث

خيار بعد ذلك ولا بد أن يسبق تراوهم ما على الثمن ولا فرق بين كون المبيع معينا فاذا تراوهم فافاء اليه البائع لزم المشتري فليس له أن يقبل أو غير معين كذا ذكرناه ومعنى النهي ما في كل من الجهة وتعليق التملك بالخطر فانه في معنى اذا وقع مجرى على ثوب فقد بعته منك أو بعته بكذا اذا لمسته أو نبذته والتسام تفاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكرتها وسامها المشتري بمعنى استامها سوما ومنه لا يسوم الرجل على سوم أخيه أي لا يطلب البيع ويرأض فيه حال مرأضة أخيه فيه لأنه بمعنى لا يشتري كما قيل بل نهيه عن السوم ثبت التزاما لانه اذا نهى عن التسليم في الشراء فكيف بحقيقة الشراء (قوله ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهة المبيع الآن يكون على هذا الوجه وهو أن يقول بعثك واحدا منهم ما على أنك بالخيار تأخذاهم ما شئت فانه يجوز استحسانا وتقدم ذكرها بقر وعها في خيار الشرط (قوله ولا يجوز بيع المرامي) ثم فسرهابا بالكلا دفعالوهم أن يراد مكان الرمي فانه جائز (ولا اجارتها) أما البيع فانه ورد على ما لا يملكه لا يشترط الناس فيه) اشترط اباحة لملك ولانه لا يحصل به للمشتري فائدة فان المقصود من الملك يحصل بلا بيع اذ يملكه بدونه (الحديث) الذي رواه أبو داود في سننه في البيوع عن حريز بن عثمان عن أبي خراش بن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة رضي الله عنهم قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فكنت أسمعهم يقول المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والنار والكلا ورواه أحمد في مسنده وابن أبي شيبة وأسد بن أبي عدي في الكامل عن أحمد وابن معين أنهم قالوا في حريز ثقة وجهه العجاني لا تضر ومعنى الشركة في النار الاصطلاح لهم وتحفيف الشيايب يعني اذا أوفد رجل نارا فكل أن يصطلي بها أما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدوري ومعناه في الماء الشرب وسقي الدواب والاستقاء من الابار والحياض والانهار المملوكة وفي الكلا ان له احتشاشه وان كان في أرض مملوكة غير أن لصاحب الارض أن يمنع من الدخول في أرضه فاذا منع فليغيره أن يقول ان لي في أرضك حقا فاما ان توصلي اليه أو تمنحه أو تستقي وتدفعه لي وصار كتب لرجل وقع في دار رجل إما أن يأذن للمالك في دخوله ليأخذه وإما أن يخرج به اليه أما اذا أحرز الماء بالاستقاء في آنية والكلا بقطعه جاز حفيثه ببيع لانه بذلك يملكه وظاهر أن هذا اذا ثبت بنفسه فاما لو كان سقي الارض واعدها للآليات فثبت في الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد وكذا ذكر في اختلاف أبي حنيفة وزفر ثبت الكلا بانبيائه جاز بيعه وكذا لو حذر حول أرضه وهياها للآليات حتى ثبت القصب صار ملكا ولا يجوز بيع كء في أرضه قبل أن يقطعها ولا ماء وقال القدوري لا يجوز بيع الكلا في أرضه وان ساق الماء الى أرضه وخطقه مؤنة لان الشركة فيه ثابتة وانما تنقطع بالحياة وسوق الماء الى أرضه ليس بجيابة والاكثر على الاول الآن على هذا القائل أن يقول ينبغي ان حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكلف الحفر والطي لتحصيل الماء يملك الماء كء الكلا بتكلفه سوق الماء الى الارض لينبت فله منع المستقي وان لم يكن في أرض مملوكة له ثم الكلا ذكر الخلواني عن محمد انه ما ليس له ساق وما له ساق ليس كلاً وكان الفضلي يقول هو أيضاً كلاً وفي المغرب هو كل مارعه الدواب من رطب

الرواية وذكر في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها يملكه وليس لاحد أن يأخذه بغير اذنه فجاز بيعه وذكر القدوري انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلا ثابتة بالنسب وانما تنقطع بالحياة وسوق الماء الى أرضه ليس بجيابة الكلا فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه

وأما عدم جواز الاجارة فللعين أحدهما وقوع الاجارة في عين غير مملوكة والثاني انعقادها على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح أولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الأجر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لا فامة العمل المستحق بالاجارة كالصبيغ في استئجار الصباغ واللين في استئجار الظئر لكونه آلة للمضانة والظئرة ولم يذكر ان اجارة الكلا وقعت فاسدة أو باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الاجارة بالقبض وينفذ عتقه فيها قال (ولا يجوز بيع النخل) قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يجوز بيع النخل وقال محمد يجوز اذا كان محرزاً أي مجموعاً وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به (١٩٨) حقيقة باستيفاء ما يحدث منه وشرعاً لعدم ما يمنع عنه شرعاً وكل ما هو كذلك

وأما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى قال (ولا يجوز بيع النخل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجوز اذا كان محرزاً وهو قول الشافعي رحمه الله لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعاً فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبلغل والحمار وله ما نه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزناير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج حتى لو باع كواره فيها غسل بما فيها من النخل يجوز بيعه كذا ذكره الكرخي رحمه الله

ويابس وهو واحد الاكلاء (وأما الاجارة فلا تنها) لو صحت ملكها بالاعيان وحكمها بالبس الاملك المنافع نعم اذا كانت الاعيان آلة لا فامة العمل المستحق كالصبيغ واللين في استئجار الظئر فيملك بعد اقامة العمل تبعاً ما ابتدأ فلا (وكذا الواستأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز) مع انها عقدت على استهلاك عين مملوكة (فهذا أولى) لانها على استهلاك عين غير مملوكة وهل الاجارة فاسدة أو باطلة ذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الاجارة بالقبض وينفذ عتقه فيه وقيل في لبن الادمية انه في حكم المنفعة شرعاً بدليل ان عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن مثله والحيلة في ذلك أن يستأجر الارض ليشرب فيها فاسطاطه أو ليجعله حظيرة لغنمة ثم يستبيع المرعى فيحصل مقصودهما (قوله ولا يجوز بيع النخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز اذا كان محرزاً وهو قول الشافعي رحمه الله لانه منتفع به حقيقة وشرعاً) مقدور التسليم اذا كان محرزاً (فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبلغل والحمار) يجوز بيعه وان لم يؤكل لا لانتفاعهم ما والقدرة على تسليمهما (ولابي حنيفة وأبي يوسف انهم الهوام فلا يجوز بيعه) كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية وهذا هو أنه في نفسه من الهوام لانه غير منتفع به (و) انما (الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه) بخلاف الخش فانه ينتفع به في ثلثي الحال قبل حدوث ما يتولد منه فقبل حدوث ما يتولد منه لا ينتفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام ولذا قال في الجامع الصغير ان وجد بها عيباً بكم يردّها اشارة الى أن النخل لا قيمة لها حتى لو باعه تبعاً لكواره فيها غسل وهو فيها جازذ كره الكرخي كالشرب والطريق وقال القدوري انه حكى عن أبي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع تبعاً ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنخل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف والتعصب في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنخل في الوجود والنخل تابع له في المقصود بالبيع والكواره بضم الكاف وتشديد الواو معسل النخل اذا سوى من طين وفي التهذيب كواره النخل مخففة وفي المغرب بالكسر من غير

يجوز بيعه وكونه غير مأكول اللحم لا ينافيه كالبلغل والحمار وله ما نه من الهوام وهي المخوفة من الاحناش لا يجوز بيعها قال في الجامع الصغير رأيت ان وجد بها عيباً بكم يردّها وفيه اشارة الى أن النخل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها (قوله والانتفاع بما يخرج منه) جواب عن قوله حيوان منتفع به يعنى لانسل انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك معدوم في الحال قبل قوله لا بعينه احتراز عن المهر والخش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المال بأعيانهما وفيه بعد نحر وجههما بقوله يخرج منه واذا كان الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه لا يكون منتفعاً به حتى لو كان ما يخرج منه بان باع كواره بضم الكاف وكسرهما وهي

تشديد

معسل النخل اذا سوى من طين فيها غسل بما فيها من النخل يجوز تبعاً

له كذا ذكر الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر وأما اذا باع العسل مع النخل فالعقد يقع على العسل ويدخل النخل على طريق التبعية وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق ثم قال وقد حكى عن الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبعية ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنخل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف

(قوله لعدم ما يمنع عنه) أقول أي عن الانتفاع (قوله قبل قوله لا بعينه احترازاً) أقول القائل هو الانتفاع والخبازي (قوله وفيه بعد نظر وجهه الخ) أقول فيه تأمل فانه ينتفع بما يخرج ويحصل منهما في مستقبل الزمان من أولادهما فلا يخبر جانباً

قال (ولا يجوز بيع دود القز وبيضة) وهو البز الذي يكون منه الدود لا يجوز عند أبي حنيفة لأنه من الهوام وبيضة مما لا ينتفع به بعينه بل بما يحدث منه وهو معدوم في الحال وجاز عند محمد لكونه منتفعاً به ولما كان الضرورة في بيعه قبل وعليه الفتوى وأجاز أبو يوسف بيع دود القز إذا ظهر فيه القز تبعاله كببيع النحل مع العسل وبيع بيضة مطلقاً (١٩٩) لمكان الضرورة ونقل عنه أنه مع أبي

حنيفة كافي دوده وهذه العبارة تشير إلى أن أبا حنيفة أعلم بما يجوز بيعه بأنفسه فاما إذا كان تبعاً فيجوز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدر للتسليم (ولا يجوز بيع الأبق) انتهى النبي عليه الصلاة والسلام عنه ولأنه لا يقدر على تسليمه (الآن يبيعه من رجل زعم أنه عنده) لأن المنهي عنه بيع أبق مطلق وهو أن يكون أبقاً في حق المتعاقدين وهذا غير أبق في حق المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري انتهى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عند أخذه لأنه أمانة عنده

تشد يد وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريبين بالضم (قوله ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) رجحه الله لأنه من الهوام وعند أبي يوسف يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاله) وأجاز بيع بز القز الذي يكون منه الدود (وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعاً به) وأجاز السلم فيه كيلاً إذا كان وقته وجعل منتهى الاجل في وقته وجوابه ما تقدم في المسئلة قبلها وهو أن المنتفع به ما يخرج منه فقبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه حينئذ والوجه قول محمد للعادة الضرورية وقد ضمن محمد متلف كل من النحل ودود القز وفي الخلاصة في بيعهما قال الفتوى على قول محمد ثم لا يخفى أن محمداً مناسب أصله في مسئلة بيع النحل في القول بجوازه وأبو حنيفة كذلك في قوله بعدمه وأما أبو يوسف فيجب أن يقول مثله في النحل وما قدمه المصنف في النحل عن الكرخي بجوازه إذا بيع تبعاً للكفارة طاهره أنه يجوز باتفاق حينئذ وعلى هذا يجب أن لا يختلف أبو حنيفة مع أبي يوسف في دود القز بل يقولان معاً أن كان وحده لا يجوز لأنه من الهوام وإن كان تبعاً للزفريقولان بالخواز فيهما فلا معنى لأفراد أبي حنيفة في هذه وقرآن أبي يوسف معه في تلك والاتفاق على عدم جواز بيع ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجعل والضب ولا يجوز بيع شيء من البحر إلا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك وقال محمد إذا كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان وفي فتاوى الولوالجي امرأة أعطت امرأة بز القز وهو بز الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البرز لأنه حدث من بزها ولها على صاحبة البرز قيمة الأوارق وأجر مثلها ومثله إذا دفع بقرة إلى آخر يعلقها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر مثله وعلى هذا إذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف (قوله والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها) أما إذا كانت في بروجها ومخارجها مسدودة فلا إشكال في جواز بيعها وأما إذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة أنها تبيع فكذلك لأن المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكاً مقدر للتسليم وتجوز كونه لا يعود أو عروض عدم عوده لا يمنع جواز البيع كتجوز هلاك المبيع قبل القبض ثم إذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا إذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ وصار كالطبي المرسل في برفاته يجوز وان جاز أن لا يعود (قوله ولا يجوز بيع الأبق) الأبق إذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الأئمة الأربعة ويجوز عتقه غير أنه إذا أعتقه

فأما أن يشهد على ذلك أو لا فإن كان الأول لا يصير قابضاً لأنه أمانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول إلى المولى هلك من مال المولى

قال المصنف (ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) أقول لا بد لأبي حنيفة من الفرق بين بيع النحل وبين بيع دود القز حيث جاز الأول تبعاً دون الثاني (قوله وهذه العبارة تشير إلى) أقول فيه تأمل (قوله والأب) أقول فيه تأمل

قال المصنف (ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) أقول لا بد لأبي حنيفة من الفرق بين بيع النحل وبين بيع دود القز حيث جاز الأول تبعاً دون الثاني (قوله وهذه العبارة تشير إلى) أقول فيه تأمل (قوله والأب) أقول فيه تأمل

(وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع) لان قبض الضمان أقوى لنا كده بالزوم والملك أما الزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه بخلاف الامانة وأما الملك فلان الضمان ثبت الملك من الجانبين على ما هو الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثاني يجب (٣٠٠) ان يصير قابضاً لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول أبي حنيفة ومحمد

وذكر الامام الترمذي انه لا يصير قابضاً عند أبي يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضاً كأنه اشارة الى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضاً نظراً الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعضه من قبضه لا يجوز لكونه أبقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم اذا البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الأبق ثم عاد من الأبق هل يتم ذلك العقد أو يحتاج الى عقد جديد في ظاهر الرواية وبه أخذ مشايخ بل أن ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا فان جزء الحمل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فأنعدم الحمل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم أخذه وسلمه في المجلس وعرض بان الاعناق يجوز ولو فات الحمل لما جاز وأجيب بأن الاعناق ابطال الملك وهو بلائ التوى بالاباق بخلاف البيع فيه فانه اثباته والتوى ينافيه وروى عن أبي حنيفة أن العقد يستم اذا لم يفسخ والبائع ان امتنع عن تسليم

وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضاً لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعضه من قبضه لا يجوز لانه أبقا في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الأبق ثم عاد من الأبق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لعدم المحل كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو المحجز عن التسليم كما اذا أبق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رحمه الله

عن كسارة اشترط العلم بحياته ويجوز هبته لابنه الصغير أو ابنته في حجره بخلاف البيع لابنه الصغير حيث لا يجوز لان شرطه القدرة على التسليم عقيب البيع وهو متلف وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لانه قبض بازا اعمال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بازائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد نظر الصغير فانه لو عاد على ملك الصغير وله هذا أجزا يبيعه عن ذكراته في يده لثبوت التسليم والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسليم فإذا كان ثابتاً حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الأبق عند هذا فبعضه وأنا قبضه منه واعترف ذلك الرجل لا يجوز بيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز واذا جاز بيعه هل يصير قابضاً في الحال حتى لو رجع فوجد هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع ان كان حين قبضه أشهد انه قبض هذا ليرده على مالكه لا يصير قابضاً لان قبضه هذا قبض أمانة حتى لو هلك قبل أن يصل الى سيده لا يضمنه وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع فان هلك قبل أن يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن وان لم يشهد يصير قابضاً لان قبضه اذ لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من اباقه وقبضه من ليس عنده هل يعود البيع جائزاً سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحاً وهو مروي عن محمد كما اذا باع خرافاً فخلت قبل التسليم أو باع طيراً في الهواء ثم أخذه لا يعود صحيحاً وهذا يفيد أن البيع باطل وهو مختار مشايخ بل والشجى لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفي رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يجوز لقيام المالية والملك في الأبق ولناصع عنقه فكان كبيع المرهون اذا افترقه قبل الخصومة وفسخ القاضي للبيع وبه أخذ الكرخي وجماعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه أو المشتري من قبوله أجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضي البيع أو تخاصما فانه لا يعود صحيحاً اتفاقاً وهذا يقتضي أن البيع فاسد فالحق أن اخلاف الرواية والمشايخ فيه ينسب على الاختلاف في أنه باطل أو فاسد فانك علمت ان ارتفاع الفساد في الفساد يردده صحيحاً لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع البطل لا يرجع لان البيع لم يكن قائماً بصفة البطلان بل معدوم فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد لقيام المالية والملك والوجه عندى ان عدم القدرة على التسليم مفسد لا يبطل وهذا ما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وان كان أخذه ثم أرسله فانه لا يخرج عن ملكه وقد اختلفوا فيما لو أخذه بعد بيعه وسلمه فطافه مع الكرخي يعود جائزاً والبخميون لا يعود جائزاً بالضرورة ان من قال بالجواز فائلاً بأنه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحلية بكونه مالا مملوكاً مقدور التسليم ان عني محلبة البيع الصحيح فتم والا فلا

بل  
والمشتري عن قبضه أجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول بالاباق ولهذا جاز اعناقه وتدييره والمانع وهو المحجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضى وانتفى المانع فيجوز وصار كما اذا أبق العبد بعد البيع وهكذا يروى عن محمد وبه أخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا وأما اذا رفعه المشتري الى القاضي وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد

قال (ولا ين امرأة في قدح) فيد بقوله في قدح لدفع ما عسى أن يتوهم أن يبيعه في الضرع لا يجوز كسائر ألوان الحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه لا يجوز في قدح وجوز الشافعي بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الالوان وعقب بقوله طاهر احترازاً عن الخمر فانها ليست بطاهرة ولنا انه جزء لا دمي لان الشرع أثبت حرمة الرضاع لغير البغضية وجزء لا دمي ليس بمال لان الناس لا يتولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بأنه لو كان جزءاً لا دمي لكان مضموناً بالاتلاف كبقية أجزاء الأدمي أحجب بأننا لانسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الاصل ألا ترى ان الجرح اذا اتصل به البرء (٣٠١) يسقط الضمان وكذا السن اذا انتبت

(قوله وهو) أي الأدمي بجميع أجزائه مكرم يجوز أن يكون دليلاً آخر وتقر به أن الأدمي بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا مصون عن الابتذال ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن أبي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبار الجزء بالكل والحساب انه اعتبار مضع وجود الفارق فلا يجوز وبانه ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه وأما اللبن فلا فرق فيه لان الرق يختص بحمل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو أي المحل هو الحي ومعناه انه ماصفان يتعاقبان على موضع واحد فهما ضدان واذا لحياة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع والجواب عن قوله مشروب طاهر أن المراد به كونه مشروباً مطلقاً أو في جال الضرورة

قال (ولا يبيع لبن امرأة في قدح) وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الأدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذلك على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلا فرق فيه لانه يختص بحمل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن

بل محل البيع المال المملوك للبائع أو غيره فان كان له فنافذ أو لغيره فوقوف والنافذ ما صحح ان كان مبيعه مقدوراً لتسليم ليس فيه شرط فاسد ولا فاسد وأما حديث النهي عن بيع الأبق فروى اسحق بن راهويه أخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي قال حدثنا جعفر بن الحرث أبو الاشهب الواسطي قال حدثني من سمع محمد بن ابراهيم التيمي عن أبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن يبيع ما في ضر وعها وعن يبيع العبد وهو أبق ورواه ابن ماجه بسند فيه جهضم بن عبد الله عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن زيد العبدي عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري برفعه الى أن قال وعن شراء العبد وهو أبق وعن شراء الغنم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الفانص وشهر مختلف فيه وقال أبو حاتم ان محمد بن ابراهيم مجهول وقيل فيه انقطاع أيضاً وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على أن هذا المضع بحسب الظاهر صحيح في نفس الامر (قوله ولا يبيع لبن امرأة في قدح) هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فإنه لا يكون في قدح الا بعد انفصاله أما عين القدح فليس قيداً بل سائر الأواني سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقره كي لا يظن أن امتناع بيعه مادام في الضرع كغيره بل على سائر أحواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذنب مال وأجد (وعند الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر) فيجوز بيعه ونحن نمنع أنه مشروب مطلقاً بل للضرورة حتى اذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه والاتفاق به يحرم حتى منع بعضهم صبه في العين الزمداو بعضهم أحازه اذا عرف انه دواء عند البرء (و) نقول (هو جزء من الأدمي مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الامة وعن أبي يوسف انه يجوز في لبن الامة لانه لا يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزئها قلنا) الجواز يتبع المالية ولا مالية للانسان الا ما كان محل الرق (وهو للحي ولا حياة في اللبن) ولان العتق قوة شرعية حاصلة لها قدرة تنبت له شرعاً على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه ولا بد من اتحاد محلهم وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل أجزاء الأدمي مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالاتلاف أحجب بمنع ضمان اجزائه مطلقاً بل المضمون ما انتقص من الاصل حتى لو نبت السن التي قلعنا لضمان الاما يستوفي بالوطء فانه مضمون وان لم ينتقص شيئاً تغليظاً الامر البضع فجعل ما يستوفي بالوطء في حكم النفس بخلاف من يرضوف

(٣٦ - فتح القدير خامس) والاول ممنوع فانه اذا استغنى عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون الا بلبن الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالهيئة تكون غذا عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه

(قوله لدفع ما عسى أن يتوهم) أقول هذا التوهم بعيد جداً بعد ما سبق قوله ولا اللبن في الضرع (قوله لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز) أقول الماء مشروب طاهر ولا يجوز بيعه قبل الاحراز كالكلاء فلم أن مجرد ذلك لا يكفي (قوله وتقر به أن الأدمي بجميع أجزائه مكرم الخ) أقول قياس من الشكل الثاني (قوله لا يرد عليه الرق) أقول يعني استقلالاً (قوله وليست بمال) أقول أي متقوم

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس (٣٠٣) العين) ونجس العين لا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لان غيره

لا يعمل عليه فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يجوز بيعه أجاب بأنه يوجد مباح الأصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه. لكن الثمن لا يطيب للبائع وقال أبو الليث ان كانت الاساقفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في الماء أفسده عند أبي يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المصنف اختار قول أبي يوسف حيث أخرجه قبل هذا اذا كان متروفا وما المجزوز فظاهر كذا في الترتاشي وقاضيان قال (ولا يجوز بيع شعور الانسان الخ) بيع شعور الادميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد انه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم حين خلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعله اذا تجسس لا يتبرك به وجه الظاهر أن الادمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مبتذلا لمهانا وفي البيع والانتفاع ذلك

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير) لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الأصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولا يبي يوسف رحمه الله ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغيرها (ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها) لان الادمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا ومبتذلا

شاة فانه يضمن وان ثبت غيره وباتلاف اللبن لا ينتقص شيء من الأصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشره في اشاعته يبيعه فتحليات فساد الانكحة فانه لا يقدر على ضبط المشتريين والبائعين في شيع فساد الانكحة بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمة شربة شائعة بالدار فيعلم ان شراءه ليس بالمنفعة أخرى كشراء الامة المحوسبة بعد اشتها حرمة وطنها شرعا لكنهم يجيزون شربه للكبير هذا وقد أسند الفقيه أبو الليث الى محمد بن سنده متصل قال سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حنبل قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سيهوب ٣ يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز الاجارة ألا ترى أن رجلا لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جازت الاجارة للظئر ثبت أن لبنها ليس مالا هذا وأما المصنف فاعلم ان البيع بالادمي مكرم بجميع أجزائه فلا يبتذل بالبيع وسيأتي باقيه (قوله ولا يبيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له) أو رد عليه انه جعل البيع هنا في ابن المرأة اهانة مانعة من جواز البيع لزوم الاكرام والبيع ينفقه وجعله في مسئلة بيع الخنزير واعزاز اذ بطل لزوم الاهانة شرعا والبيع اعزاز وهذا تناقض الجواب أن الفعل الواحد قد يكون بالنسبة الى محل اهانة وبالنسبة الى آخر اكرام مثلا لو أمر السلطان بعض سائسي الدواب أن يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو أمر القاضي بذلك كان غاية الاهانة له فانخر والخنزير في غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا مقابلا لبيد معزوز كالدرهم أو الثياب كان غاية اكرامه والا دمي مكرم شرعا وان كان كافرا فايراد العقد عليه وابداله به والخافه بالجاذبات اذلاله هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع برد عليه بيع السرقين فالعمل عليه التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع امكان وجوده مباح الأصل فلا تناقض (ثم يجوز الانتفاع به للضرورة) فان الخرازين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدونه (و) هو (يوجد مباح الأصل فلا حاجة الى بيعه) فلم يكتف ببيع في محل الضرورة حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه أبو الليث فلو لم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة اليه وقد قيل أيضا ان الضرورة ليست ثابتة في الخنزير بل يمكن أن يقام بغيره وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفاخر يشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به وروي أبو يوسف كراهة الانتفاع به لان ذلك العمل يتأتى بدونه كما ذكرنا الآن يقال ذلك فرد تحمل مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز أن يلازم العموم حرمانه ثم (قال أبو يوسف انه لو وقع في ماء قليل أفسده وعند محمد لا ينجس به لان حل الانتفاع به دليل طهارته) والصحيح قول أبي يوسف لان حكم الضرورة لا يمتدداها وهي في الخرز فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلافة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ينبغي أن يتخرج على القول بطهارته في حقهم أما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة تدعهم الى أن يعلق بهم بحيث لا يقدر على الامتناع عنه ويجمع على ثبائهم هذا المقدار (قوله ولا يجوز بيع شعور الانسان) مع قولنا بطهارته (والانتفاع به لان الادمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا ومبتذلا)

ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من تصل الشعر والمستوصلة من يفعل بها ذلك فان قيل جعل المصفر حمة الله الله يبيع شعر الخنزير اعزازا فيما تقدم وجعل يبيع شعر الادمى اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز ان يكون موجبا لامرين متنافيين وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره اعزازه فلا يجوز لافضائه الى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه الى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء وانما هو من وصف المحل شرعا ثم ان عدم جوازهما ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا ينجس بالزائلة فشعره وهو طاهر أولى ولان في تناثر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي نجس لحزمة الانتفاع به وهو محجوج بالضرورة ولا بأس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون (٣٠٣) النساء أى في أصول شعرهن بالتكثير

وفي ذواتهن بالتطويل ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ (ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانه غير منتفع به قال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصها ووصوفها وقرنها وشعرها وبرها والانتفاع بذلك كله) لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل

وفي بيعه اهانة له وكذا في امتهانه بالانتفاع وقد قال صلى الله عليه وسلم فيما ثبت عنه في الصحيحين (لعن الله الواصلة والمستوصلة) والواصلة والمستوصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة الممول بها بذنبا ورضاها وهذا لعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به ألا ترى أنه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء لا تكثير فظهر أن اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة والمنع القراميل ولا شك أن الزينة حلال قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده فلولا لزوم الاهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعر النساء أيضا وفي الحديث لعن الله النامصة والمنتصة أيضا والنامصة هي التي تنقش الحاجب لترقه والمنتصة التي يفعل بها ذلك (قوله ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانها غير منتفع بها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب) وتقدم في الصلاة تقريره وتخرجه ولا خلاف في هذا فان قيل نجاستها ليست الا لما حاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالثوب النجس أجيب بأن النجس منها باعتبار أصل الخلقة فمالم يزاله فهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الثوب بحقيقه وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه أو لا يحتاج الى الجواب عنه فانه ما عمل المنع الا بعدم الانتفاع به وانما يرد على من علل بالنجاسة ولا ينبغي أن يعمل بها بطلان بيع أصلا فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المالية فان بيع السرقة جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا وأما جواز بيعها بعد الدباغ فحل الانتفاع بها حينئذ شرعا والحكم بطهارتها زيادة تثبت شرعا على خلاف قول مالك وتقدم في الصلاة (ويجوز بيع عظام الميتة وعصها ووصوفها وشعرها) وریشها ومنقارها وظلفها وحافرها

وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذواتهن قال (ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانه غير منتفع به قال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصها ووصوفها وقرنها وشعرها وبرها والانتفاع بذلك كله) لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل

وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذواتهن قال (ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانه غير منتفع به قال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصها ووصوفها وقرنها وشعرها وبرها والانتفاع بذلك كله) لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل

(قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث) أقول قال الزبيلى انما لعنا للانتفاع به لما فيه من اهانة المكرم انتهى وفيه بحث (قوله وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع الخ) أقول فيه بحث اذ لو تم ما ذكره لكان البيع بما عايناه في التحقير والتعظيم جائزا وليس كذلك الا أن يقال لا تفسير لذلك في الشرع وفيه تأمل أو يقال ما ذكرته كلام على السند وأجل الاولى أن يقال في جواب أصل السؤال ان بعض الاشياء خلق ما لكما فجعله ملوكا اهانة له لكونه حطا عن درجته وبعض الاشياء أخرجه الله عن دائرة الانتفاع والمملوكية فجعله ملوكا رفقه عن مرتبته ولا بد في ايجاب الشيء الواحد أمرين متنافيين في محلين مختلفين ألا يرى أن الشمس تبيض الثوب وتسود وجهه القصار وتغمد الملح وتذيب الشمع فليتأمل (قوله فليس ذلك) أقول أى ما ذكرنا من الاهانة والاعزاز (قوله من المبيع في شيء) أقول لعل المراد أن المبيع ليس موجبا تاما له ما حدى في السؤال (قوله فالجواب انه نهى الخ) أقول فيه بحث

(والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد) اعتبارا به في حرمة اللحم وغيره قال لا تنفع عليه الزكاة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندهم ما بمنزلة السباع يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسائر السباع قالوا بيع عظمه انما يجوز اذا لم تكن عليه دسومة وأما اذا كانت (٣٠٤) فهو نجس فلا يجوز بيعه قال (واذا كان السفلى لرجل وعلاه لا خرس فقط

أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو ولو لم يجز لأن حق التعلّي ليس بمال لعدم إمكان احراره والمال هو المحلل للبيع) فان قيل الشرب حق الأرض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى أرضا لم يكن له شرب فينبغي أن لا يجوز أجاز بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بل لانه حفظ من الماء لوجوب الضمان بالانلاف فان من سقى أرض نفسه بماء غيره يضمن ولأنه حفظ من الثمن ذكره في كتاب الشرب قال في شاهدین شهد أحدهما بشراء أرض بشر بها بألف والآخر بشرائها بألف ولم يذكر الشرب لم تقبل لانهما اختلفا في ثمن الأرض لأن بعض الثمن يقابل الشرب وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال بخلاف بيعه معها تبعاً لرواها باعتبار التبعية قال المصنف (لانه حفظ من الماء) أقول فان قيل سلمنا انه نصيب ولكن ليس ذلك

والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله وعندهم ما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال (واذا كان السفلى لرجل وعلاه لا خرس فقط أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو ولو لم يجز) لأن حق التعلّي ليس بمال لأن المال ما يمكن احراره والمال هو المحلل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بل لانه حفظ من الماء ولهذا يضمن بالانلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب

فان هذه الاشياء طاهرة لا تحلها الحياة فلا يحلها الموت وتقدم في الصلاة (قوله والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد) فيكون حكمه حكمه وعند أبي حنيفة وأبي يوسف هو كسائر السباع نجس السور واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقابلة والركوب فكان كالكلب يجوز الانتفاع به قيل وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لقاطمة سوارين من عاج وظهر واستعمال الناس له من غير تكبر ومنهم من حكى اجماع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره أدركت ناسا من سلف العلماء ينشطون بها ويدهنون فيها لا يرون بأسا وقال ابن سيرين وابراهيم لا بأس بتجارة العاج وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة منع بيع القرود وروى الحسن عنه أنه يجوز بيعه وهو المختار لانه مما ينتفع به في بعض الاشياء (قوله واذا كان السفلى لرجل وعلاه لا خرس فقط أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو ولو لم يجز) لأن المبيع حيثئذ ليس الا حق التعلّي (وحق التعلّي ليس بمال لأن المال عين يمكن احرارها) واما كها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء مالا يباع والمبيع لابد أن يكون أحدهما وقول المصنف (والمال هو المحلل للبيع) تساهل أو تنزّل للتعليق بالمال منزلة المال (بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات) فيما اذا كان الشرب شرب تلك الأرض أما اذا باع أرضا مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز مفردا كبيع الشرب يوما أو يومين حتى تزداد فوته وجوز مشايخ بل كأي بكر الاسكافي ومحمد بن مسلمة لأن أهل بلع تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك بالتعامل كما جاز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل (ولانه حفظ من الماء ولهذا يضمن بالانلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب) فانه قال فيه ادعى رجل شراء أرض بشر بها بألف فشهد شاهد بذلك الاخر عن الشرب بطلت شهادتهم ما لا خلافا فيهما في مقدار ثمن الأرض لأن الذي زاد الشرب نقص من ثمن الأرض لأن بعض الثمن يقابل الشرب فصار كاختلافهما في مقدار الثمن وقيل لو باع أرضا بشر بها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب وأما ضمانه بالانلاف وهو بأن يسقى أرضه بشرب غيره فهو رواية البردوي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جاع الماء ثم أتاه ولا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالإمام به من رد اختلاف فيه الى المختلف فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضمانه بالانلاف على ما اذا كان شهده الاخر ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمن بالانلاف الا بهذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها فاما بالسقي أو منع حق الشرب لا وجه الى الاول لأن الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لأن منع حق الغير ليس سببا للضمن بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد وأما أنه حفظ من الماء فهو عين أو شيء يتعلق بالعين فأورد

عليه النصيب في ملكه وقت البيع وان وجد في أرضه فالماء ليس بملك له فلا يجوز بيعه لا تبعاً ولا منفردا قلت لا حاجة الى وجود العين في ملكه للبيع وقت البيع كافي الاستصناع والسلم فيجوز بيعه أما قوله والماء ليس بملك قلنا اذا وجد في أرضه وأنفقه آخر يضمن علم أنه ملكه كذا في شرح شاهان الا أنه مخالف لما ذكره في شرح قول المصنف ولا يجوز بيع المراعي كما سبق فليتامل وسيجيء في آخر كتاب الشرب أنه لا يضمن اذا سقى من شرب غيره

قال (وبيع الطريق وهبته جائزة) بيع رقبة الطريق وهبته جائز لكونه معلوما بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا فبعض باب الدار العظمى وهو شاهد محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء والقيود الاول لاخراج بيع رقبة من حيث انه غير فانه أرض معلومة كانهما ذكره شمس الأئمة السرخسي والثاني لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذا بين حدوده وموضعه (٣٠٥) فانه جائز ايضا ذكره قاضيان وهذا

أحد محتمل المسئلة وبيع حق المرور وهو حق الطريق دون رقبة الأرض جائز في رواية ابن سماعة وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسطا من الثمن حيث قال دارين رجلين فيهما طريق لرجل آخر ليس له منهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لاحق له في غير الطريق فان باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلاثين عن الطريق وصاحب الممر بثلاثين لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لأن صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن وهو مما يدل على جواز البيع وفي رواية الزيادة لا يجوز وصححه الفقيه أبو الليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفساد لا يجوز وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز وهذا محتملها الآخر

قال (وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة تختمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لانه طول او عرضا معلوما أما المسيل فجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احدهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعليل وعلى الأرض مجهول للجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعليل على احدهما الروايتان أن حق التعليل يتعلق بعين لا تبقى عليه انه لو كان عينا ينبغي أن لا يجوز بيعه اذا لم يكن فيه ماء واجب بانه انما يجوز للضرورة وهو عرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم تقدير انه حظ من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخ بخاري بيعه مفردا قالوا وتعامل أهل بلدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير اجاعا كالاستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردا على العموم منه فقيمة بل ان تحقق حاجة بعض الناس في بعض الاوقات وهذا القدر لا يخالف القياس **فرع** باع العلوق بل سقوطه جائز فان سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض **قوله** وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل قال المصنف (المسئلة تختمل وجهين) أن يكون المراد (بيع رقبة الطريق والمسيل) ان يكون المراد (بيع حق المرور) الذي هو الطريق (والتسييل فان كان الاول) وهو بيع رقبة الطريق والمسيل أي مع اعتبار حق التسييل (فوجه الفرق بينهما أن الطريق معلوم لانه طول او عرضا معلوما) فان بينه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبينه جائزا ايضا وهو المراد بالمسئلة ههنا فانه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله الى السكة النافذة (أما المسيل فجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله الماء) ومن هنا عرف أن المراد بالمسئلة ما اذا لم يبين مقدار الطريق والمسيل أما لو بين حد ما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من غير أن يبين غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد أن بين حدوده (وان كان) المراد (الثاني) وهو مجرد حق المرور والتسييل (ففي بيع حق المرور) مجردا (روايتان) على رواية الزيادة لا يجوز وبه أخذ الكرخي للجهالة وعلى رواية كتاب القسمة يجوز فانه قال دارين رجلين فيهما طريق لرجل آخر ليس له منهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى فانه لاحق له في غير الطريق فاذا بيعت الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلاثين عن الطريق وصاحب الممر بثلاثين لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع انتهى فقد جعل اصحاب حق المرور قسطا من الثمن فدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشايخ واتفقت الروايات على أن بيع حق التسييل لا يجوز (فوجه الفرق على احدهما) أي وجه الفرق (بين حق المرور وحق التسييل) على الرواية المحيرة لبيع حق المرور (أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما التسييل) فان كان على السطح (فهو نظير حق التعليل) لا يجوز باتفاق الروايات ومروجه فساد

وانا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر آنفا وان كان المحتمل الثاني فعلى رواية الزيادة لا يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز وأما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما بالبيان أو التقدير كما مر وهو الطريق وأما المسيل فاما أن يكون على السطح أو على الأرض والاول حق التعليل وهو ليس بمال ولا معتاداه مع كونه مجهولا لاختلاف التسييل بقله الماء وكثرته والثاني مجهول فعاد الى الفرق في المحتمل الاول وهذه الرواية أعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور تلحق الى الفرق بينه وبين التعليل والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعليل يتعلق بعين لا تبقى

وهو البناء فأشبهه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبهه الأعيان قال (ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا يبيع بينهما بخلاف ما إذا باع كبشاً فاذا هو نجعة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق ينشئ على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وجهه الله وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعت ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانهدامه وفي متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لقوات الوصف كن اشتري عبداً على أنه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا المذكورة والاثني من بنى آدم جنسان للتفاوت في الأغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعبر في هذا دون الأصل

وهو أنه ليس حقاً متعلقاً بعماله وبالرأى وفي هذا نظر فإن ذلك إذا باع حق التعلي بعد سقوط العلو فأنما يكون نظرياً ما إذا باع حق التسييل على السطح ولا سطح وإن كان على الأرض وهو أن يسيل الماء عن أرضه كي لا يفسدها فيمره على أرض غيره فهو مجهول لجهالة محله الذي يأخذه الماء بقيت حاجة إلى الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية وإنما احتج إلى الفرق لأنه علل المنع في حق التعلي بأنه ليس بحال فيرد عليه أن حق المرور كذلك وقد جاز بيعه في رواية وفي كل منهما بيع الحق لا يبيع العين وهو أن حق المرور يتعلق برقبة الأرض وهي مال هو عين فالتعلق به يكون له حكم العين أما حق التعلي فحق يتعلق بالرأى وهو ليس بعين مال وأما فرق المصنف بأن حق التعلي يتعلق بالبناء وهو عين لا تبقى فأشبهه المنافع بخلاف الأرض فليس بذلك لأن البيع كما يرد على ما يبيع من الأعيان كذلك يرد على ما لا يبقى وإن أشبهه المنافع ولذا صحح الفقيه أبو الليث رواية الزيادات المانعة من جواز بيعه لأن بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالتييل وحق المرور (قوله ومن اشتري إلى آخره) إذا اشتري هذه الجارية فظهرت غلاماً فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه أمثاله التي تنشئ على الأصل الذي تقدم في المهر أنه إذا اجتمع تسمية وإشارة إلى شيء كما ذكرنا من هذه الجارية حيث أشار إلى ذات وسميها جارية فإن المسمى مع المشار إليه جنسان مختلفان كانت العبرة للتسمية لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة لأن الإشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المنسوبة فماتلك الذات وغيرها من ذوات لا تخصي معرفة عند العقل بأشياء تلك الذات وغيرها ونحن في مقام التعريف فيتعلق بما نعرفه بغيره أبلغ حينئذ يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى ذكره المصنف وهو الظاهر من قول محمد فإنه عبر هنا بقوله فلا يبيع بينهما وقيل بل هو فاسد وإن كانا من جنس واحد لأن اختلافهما بالصفة فاحش كان أيضاً كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلاً وإن كان قليلاً اعتبرته الإشارة فينعقد البيع لو رده على مبيع قائم لأنه ذكر فيه وصف امرؤ غوياً فيه فلم يجده المشتري فثبت له الخيار وقول المصنف (والفرق بيني على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد) لا يرد أن الأصل مختلف فيه بل هو متفق عليه وإنما ذكره محمد في خلافته في المهر مستدلاً به على قوله فيما إذا تزوج على هذا الدن من انحل فاذا هو خرفن الجنسين كل ذكر مع انثى من بنى آدم وإن كان متحدى الجنس المنطقي وهو الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بغيره داخل فقد الحقا بمختلف ما بخلاف الذكر والاثني من سائر الهام غير الأدنى فإن البيع ينعقد وثبت الخيار ونقل القدوري عن زفر أنه جعل الذكر والاثني من بنى آدم كالأذكر والاثني من غيرهما حكم بجواز البيع وأجيب بالفرق بفحش اختلاف الأغراض منهن ما فالحق بالجنسين فالغلام يراد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة والاثني لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس في الفقه إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشاً فالجنسان ما يتفاوت منهن ما فاحشاً لا نظر إلى الذاتي وهذا قول المصنف (وهو المعبر في هذا دون الأصل) يعني المعبر في أنهم ما جنسان أو جنس واحد تفاوت

قوله ومن اشتري عبادة المصنف ومن باع الخ أقاده العلامة البحر أوى وسأني نظيرتها ومن اشتري جارية الخ كتبه رحمه

وهو البناء فأشبهه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبهه الأعيان قال (ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا يبيع بينهما بخلاف ما إذا باع كبشاً فاذا هو نجعة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق ينشئ على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وجهه الله وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعت ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانهدامه وفي متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لقوات الوصف كن اشتري عبداً على أنه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا المذكورة والاثني من بنى آدم جنسان للتفاوت في الأغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعبر في هذا دون الأصل

وهو أنه ليس حقاً متعلقاً بعماله وبالرأى وفي هذا نظر فإن ذلك إذا باع حق التعلي بعد سقوط العلو فأنما يكون نظرياً ما إذا باع حق التسييل على السطح ولا سطح وإن كان على الأرض وهو أن يسيل الماء عن أرضه كي لا يفسدها فيمره على أرض غيره فهو مجهول لجهالة محله الذي يأخذه الماء بقيت حاجة إلى الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية وإنما احتج إلى الفرق لأنه علل المنع في حق التعلي بأنه ليس بحال فيرد عليه أن حق المرور كذلك وقد جاز بيعه في رواية وفي كل منهما بيع الحق لا يبيع العين وهو أن حق المرور يتعلق برقبة الأرض وهي مال هو عين فالتعلق به يكون له حكم العين أما حق التعلي فحق يتعلق بالرأى وهو ليس بعين مال وأما فرق المصنف بأن حق التعلي يتعلق بالبناء وهو عين لا تبقى فأشبهه المنافع بخلاف الأرض فليس بذلك لأن البيع كما يرد على ما يبيع من الأعيان كذلك يرد على ما لا يبقى وإن أشبهه المنافع ولذا صحح الفقيه أبو الليث رواية الزيادات المانعة من جواز بيعه لأن بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالتييل وحق المرور (قوله ومن اشتري إلى آخره) إذا اشتري هذه الجارية فظهرت غلاماً فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه أمثاله التي تنشئ على الأصل الذي تقدم في المهر أنه إذا اجتمع تسمية وإشارة إلى شيء كما ذكرنا من هذه الجارية حيث أشار إلى ذات وسميها جارية فإن المسمى مع المشار إليه جنسان مختلفان كانت العبرة للتسمية لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة لأن الإشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المنسوبة فماتلك الذات وغيرها من ذوات لا تخصي معرفة عند العقل بأشياء تلك الذات وغيرها ونحن في مقام التعريف فيتعلق بما نعرفه بغيره أبلغ حينئذ يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى ذكره المصنف وهو الظاهر من قول محمد فإنه عبر هنا بقوله فلا يبيع بينهما وقيل بل هو فاسد وإن كانا من جنس واحد لأن اختلافهما بالصفة فاحش كان أيضاً كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلاً وإن كان قليلاً اعتبرته الإشارة فينعقد البيع لو رده على مبيع قائم لأنه ذكر فيه وصف امرؤ غوياً فيه فلم يجده المشتري فثبت له الخيار وقول المصنف (والفرق بيني على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد) لا يرد أن الأصل مختلف فيه بل هو متفق عليه وإنما ذكره محمد في خلافته في المهر مستدلاً به على قوله فيما إذا تزوج على هذا الدن من انحل فاذا هو خرفن الجنسين كل ذكر مع انثى من بنى آدم وإن كان متحدى الجنس المنطقي وهو الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بغيره داخل فقد الحقا بمختلف ما بخلاف الذكر والاثني من سائر الهام غير الأدنى فإن البيع ينعقد وثبت الخيار ونقل القدوري عن زفر أنه جعل الذكر والاثني من بنى آدم كالأذكر والاثني من غيرهما حكم بجواز البيع وأجيب بالفرق بفحش اختلاف الأغراض منهن ما فالحق بالجنسين فالغلام يراد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة والاثني لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس في الفقه إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشاً فالجنسان ما يتفاوت منهن ما فاحشاً لا نظر إلى الذاتي وهذا قول المصنف (وهو المعبر في هذا دون الأصل) يعني المعبر في أنهم ما جنسان أو جنس واحد تفاوت

كالخل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد أصلهما العنلم التفاوت والوذاري بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذاري قرية بسمرقند والزنديجي ثوب منسوب الى زنده قرية بخاري جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شروح الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة على مبيع ذكر تسمية فان كان ذلك مما يكون الذكر والاتى فيه جنسين كبنى آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه واذا قال بيتن هذه الجارية فاذا هي غلام بطل البيع لقوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية يعني موضوعا بصفة والاشارة لتعريف الذات يعني مجردا عن بيان صفة (٣٠٧) والابلاغ في التعريف أقوى وان كان

مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده لان العبرة اذ ذلك للاشارة للتسمية لان ما سمي وجد في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب الشكاح في تعليل محمدرجه الله اذا باع كسفا فاذا هو نجمة صح البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فانه اذا خرج عن كونه معرفا جعل للترغيب حذرا عن الالغاء فصار كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلام المصنف الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه أنقص لان الظاهر ان صفة الخبز لا تربو على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعنابي كذلك وقال فخر الاسلام وأخوه صدر الاسلام والصدر الشهيد أن الموجودان كان أنقص من المشروط

كالخل والدبس جنسان والوذاري والزنديجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما قال (ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان يتقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني)

الاغراض تفاوتا بعيدا فيكون من اختلاف الجنس أو قربا فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الأصل يعني الثاني ولذا قالوا (الخل مع الدبس جنسان) مع اتحاد أصلهما بفتحش تفاوت الغرض منهما (والوذاري والزنديجي كذلك والوذاري بفتح الواو وكسرها وانعام الدال ثم راء مهملة تنسبة الى وذاري قرية من قري بسمرقند والزنديجي بزاي ثم نون ثم دال مهملة ثم نون أخرى ثم ياء ثم جيم تنسبة الى زنده بفتح الزاي والنون الاخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس (مع اتحاد أصلهما) كذا ذكره المصنف عن المشايخ وما ذكر لابي حنيفة في باب المهر يقتضي أنه اعتبر الخل مع الخمر جنسا واحدا ومقتضاه أن يعتبر الخل مع الدبس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فصاعا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل ولو باعه لبلا على انه ياقوت أحر فظهر أصفر صح ويخبر كما اذا باع ٣ عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب كذا ذكره المصنف وان كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز كان المصنف ممن لا يفرق من المشايخين كون الصفة ظهرت خيرا من الصفة التي عينت أولا في ثبوت الخيار كما اطلق في المحيط ثبوت الخيار وذهب آخرون منهم صدر الاسلام وظهير الدين الى انه انما يثبت اذا كان الموجود انقص وصحح الاول لفوات غرض المشتري فان الظاهر ان غرضه من يقوم بحاجته التي عينها الاجناس غرضه الان وكان مستندا المفضلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه خير مما عين وقد يفرق بأن الغرض وهو استخدام العبد بما يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وأمورها أو التجارة وأمورها بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة ونحوه فانه يفيد أن حاجته التي لاجلها اشترى هي هذا الوصف (قوله) ومن باع جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن (بمثل الثمن) أو أكثر جاز وان باعها من البائع بأقل لا يجوز عندها وكذا لو اشترى عبده أو مكاتبه ولو اشترى ولده أو والدته أو زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتبائن الاملاك وكان كالمواشاة آخر وهو يقول كل منهن بمنزلة الآخر ولا يتقبل شهادة أحدهما للآخر ولو اشترى وكيل البائع بأقل من الثمن الاول جاز عنده خلافا لهما لان تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز للمسلم أن يوكل ذميا بشراء خروبيعه عنده ولكن ينتقل الملك الى الموكل كما في مكان كالمواشاة لنفسه ذات فورته الباقع وعندهما عقد الوكيل كعقده ولو اشترى وارثه يجوز في ظاهر الرواية عنهم وعن أبي يوسف لا يجوز ولو باعه المشتري من رجل أو وعبه ثم اشترى البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الاسباب بلا شبهة وبه يختلف المسييات وبقولنا قال مالك وأحمد وقد بقوله قبل نقد الثمن لان ما بعده يجوز بالاجماع بأقل من الثمن

الفائت كان له الخيار وان كان زائدا فهو للشترى ونص الكرخي على ذلك في مختصره ولكل واحد منهما وجه أما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجا الى خيار فبالزام الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضا وأما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد ثوب المسمى عشرة تسعة خير وان وجد أحد عشر فهو له بالخيار قال (ومن اشترى جارية بألف درهم) من اشترى شيئا بألف درهم (حالة أو نسيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن) (٣) قوله كما اذا باع الخ كذا في نسخ ولعلها نسخة وقعت للكمال اه مصححه

قال المصنف (والوذاري والزنديجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما) أقول الوذاري بفتح الواو وكسرها والدال المجهمة ثوب منسوب الى وذاري قرية بسمرقند والزنديجي ثوب منسوب الى زنده قرية بخاري كذا في المغرب

فالبائع الثاني فاسد خلافا للشافعي هو يقول المالك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز منع غير البائع فكذلك معه وصار كالو باع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة على الثمن الاول أو بالعرض وقيمته أقل من الالف وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من أوجه اما أن يكون من المشتري بلا واسطة أو بواسطة شخص آخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقا أعني سواء اشترى بالثمن الاول أو بانقص أو بأكثر أو بالعرض والاول اما أن يكون بأقل أو بغيره والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فالشافعي رحمه الله يجوز قياسا على الاقسام الباقية واما اذا باع من غير البائع فانه جائز ايضا بالاتفاق ونحن لم نجوز به الاثر والمعقول اما الاثر فقال محمد حدثنا أبو حنيفة يرفعه الى عائشة رضي الله عنها أن امرأته سألتها فقالت اني اشتريت من زيد بن أرقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم بعتهامنه بستمانته درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بثمن ما شريت وبثمن ما شريت أبلى في زيد بن أرقم ان الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يذب فأتاه زيد بن أرقم معذرا فقلت عليه قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزءا مباشرا لهذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجزبة الافعال لا تعلم بالرأى فكان مسموعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازي بذلك فكان فاسدا وأن زيدا اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعا لان المجتهدات كان بعضهم يخالف بعضا وما كان أحدهما يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز أن يقال الحاق الوعيد ليكون البيع الى العطاء وهو أجل مجهول والجواب انه ثبت من مذهبها (٣٠٨) جواز البيع الى العطاء وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون كذلك

ولأنها كرهت العقد الثاني حيث قالت بثمن ما شريت مع عرائنه عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لأنهم ما تطرقا به الى الثاني فان قيل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن أن يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه أجيب بأن تلاوتها آية الر بادل على أنه لا ربا لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما في تفريق الولد عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد أجيب بأن الوعيد

وكذا لو باعه بعرض قيمته أقل من الثمن (وقال الشافعي رحمه الله يجوز) كنهما كان كلاً باعه من غير البائع بأقل من الثمن أو منه بمثل الثمن الاول أو أكثر أو بعرض قيمته أقل من الثمن بجماع قيام المالك فيه لانه هو المطلق في الاصول التي عنينا وتقييمه بالعرض دون أن يقول كلاً باعه بخلاف جنسه وقيمته أقل لانه لو باعه بذهب قيمته أقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا استحسانا بخلاف الزفر وقياسه على العرض بجماع انه خلاف جنسه فان الذهب جنس آخر بالنسبة الى الدراهم وجه الاستحسان انه ما جنس واحد من حيث كونهما ثمنان ومن حيث وجب ضم أحدهما الى الآخر في الزكاة فيبطل البيع احتياطاً والزمان اعتبارهما جنسا واحداً بوجوب التفاضل بينهما احتياطاً والجواب انه مقتضى الوجه ذلك ولكن في التفاضل عند بيع أحدهما بعين الآخر أجماع (ولنا قول عائشة) الى آخره مانقوله المصنف عن

ليس للبيع ثمة بل لنفس التفريق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لا سقاً وأما الثاني فهو ما قال ان الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع وقعت المقاصة بين الثمنين بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربا فلا يجوز بخلاف ما اذا باعه من غيره لان الربح لا يحصل للبائع وبخلاف ما اذا اشترى البائع بواسطة مشترأخر لانه لم يعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الربا وبخلاف ما اذا اشترى بأكثر فان الربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعروض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا انعم المبيع عند المشتري ثم اشترى البائع بأقل من الثمن الاول لان النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها أقل من الثمن الاول قياسا وهو قول زفر لان ربا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهم من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربح

(قوله والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق مطلقا) أقول الامن وارثه نص عليه الاتفاقى وغيره (قوله فقالت عائشة بثمن ما شريت) أقول أى بعث فان الشراء من الاضداد قال المصنف (ان الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم) أقول هذا على سبيل التوبيخ والتهديد (قوله فلا يكون لذلك بل لأنهم ما تطرقا به) أقول قوله فلا يكون أى الوعيد وقوله لذلك أى ليكون البيع الى العطاء قوله تطرقا به أى بالبيع الى العطاء (قوله دليل على انه لا ربا لعدم القبض) أقول فيه بحث

عائشة يفيد أن المرأة هي التي باعت زيد بعد أن اشترت منه وحصل له الربح لأن شريته معناه باعت  
قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وهو رواية أبي حنيفة فإنه روى في مسنده عن أبي اسحق السبيعي  
عن امرأة أبي السقران امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها إن زيدا أرقم باعني جارية بثمانمائة درهم ثم  
اشترها مني بثمانمائة فقالت أبلغني عنى إن الله أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب  
ففي هذا أن الذي باع زيد ثم اشتد وحصل له الربح ولكن رواية غير أبي حنيفة من أن عائشة الحديث عكسه  
روى الإمام أحمد بن حنبل حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن أبي اسحق السبيعي عن امرأة أنها  
دخلت على عائشة هي وأم ولد زيدا أرقم فقالت أم ولد زيد لعائشة اني بعثت من زيد غلاما بثمانمائة  
درهم نسيت واشتريته بثمانمائة فقد افقالت أبلغني زيد أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه  
وسلم الآن تتوب بثمن ما اشتريته وبئس ما شريت وهذا فيه أن الذي حصل له الربح هي المرأة قال ابن  
عبد الهادي في التمعيق هذا السناد جيد وإن كان الشافعي قال لا يثبت مثله عن عائشة وقول الدارقطني  
في العالية هي مجهولة لا يحتج بهما فيه نظر فقد خالفه غير واحد ولو لأن عند أم المؤمنين عليا من رسول  
الله صلى الله عليه وسلم أن هذا محرم لم تستجوز أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره هذا مما  
لا يدرك بالراى والمراد بالعالية امرأة أبي اسحق السبيعي التي ذكر أنهم دخلت مع أم الولد على عائشة قال  
ابن الجوزي قالوا إن العالية امرأة مجهولة لا يحتج بنقل خبرها قلنا هي امرأة جليدة القدر ذكرها ابن سعد  
في الطبقات فقال العالية بنت أنفع بن شراحيل امرأة أبي اسحق السبيعي سمعت من عائشة وقولها بثمن  
ما شريت أي بعثت قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وانما ذهبت العقد الاول لانه وسيلة وذهبت الثاني  
لانه مقصود بالفساد وروى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال أخبرنا معمر والثوري عن  
أبي اسحق عن امرأة أنها دخلت على عائشة في نسوة فساءلتها امرأة فقالت كانت لي جارية فبعتها من  
زيد بن أرقم بثمانمائة إلى العطاء ثم ابتعتها منه بثمانمائة فنقدته السمانمائة وكتب لي عليه ثمانمائة فقالت  
عائشة اني قولها الآن تتوب وزاد فقالت المرأة لعائشة أرايت ان أخذت رأس مالي ورددت عليه  
الفضل فقالت فن جاءه وعظمة من ربه فأنهت في فله ما سلف لا يقال إن قول عائشة وردها لجهالة الاجل  
وهو البيع إلى العطاء فإن عائشة كانت ترى جوارا الاجل إلى العطاء ذكره في الاسرار وغيره والذي عقل  
من معنى النهي انه استرجع ما ليس في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن  
وهذا لان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملاك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن  
فهو ربح حصل لاعلى ضمانه من جهة من باعه وهذا لا يوجد فيما اذا اشتراه بمثل الثمن أو أكثر فبطل  
الحاق الشافعي بذلك بخلاف ما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه لان اختلاف الاسباب  
يوجب اختلاف الاعيان حكما وكذا لو دخل في المبيع عيب فاشتراه البائع بأقل لان الملاك لم يعد اليه  
بالصفة التي خرج فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بل يجعل النقصان بمقابلته الجزء الذي احتبس عند المشتري  
سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر في  
العقود لانه فتور في رغبات الناس فيه وليس من قوأت جزء من العين ولذلك اذا اشتراه بخس آخر غير الثمن  
جاز لان الربح لا يتحقق عينه مع اختلاف الجنس لان الفضل انما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقب  
ذلك بخلافه بجنس الثمن الاول الظهوره بلا تقويم وقد أورد عليه تجوز كون انكار عائشة لوقوع  
البيع الثاني قبل قبض المبيع اذا قبض لم يذكر في الحديث قلنا لا يصح هذا لانها ذهبت لاجل الربا  
بقريئة تلاوة آية الربا وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا ولا يتحقق ضعف هذا الجواب لان تلاوة  
الآية ظاهرة في كونها الاشتمالا على قبول التوبة جوابا لقول المرأة أرايت ان أخذت رأس مالي ورددت  
عليه الفضل كان هذا مع التوبة فقلت آية ظاهرة في قبول التوبة وإن كان سوقها في القرآن في

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة) هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء مائة باء بأقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا يجوز البيع في التي اشتراها من البائع وبيانه ما قال لانه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشتريها منه فيكون مشتري الاخرى بأقل مما باع وقد تقدم فساد ونوقض بما اذا باعها بالف وخمسمائة فان البيع فاسد ذكرها في جامعهما العلمان في الاتقان شمس الأئمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد في المسئلة الموضوعة في الكتاب كاذ كثرتم لما فسد البيع لان عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الاصل المذكور واجيب بان الفساد لتعدد جهات الجواز وبيانه اننا لو جعلنا مائة باء مائة باء وان جعلنا ألفا وجبة جاز وهلم جرا وليس البعض بالكل عليه أولى من بعض فامتنع الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا تكون صحيحة على أنه مغارض بان تجعل الجارية التي لم يشتريها منه في مقابلة مائة ومائتين والمائة أو أقل أو أكثر فتعد جهات الجواز وليس البعض أولى وبان كل جهة تصلح أن تكون علة للجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز مرجحة عليها ترجيحاً بكثرته لادلة وهو لا يجوز على ما عرفت والاولى أن يقال جهات الجواز تقتضيه وجهات الفساد تقتضيه والترجيح هنا للفرد ترجيحاً للمعسر ولا يسيرو الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف فيها لا مورا لانه مجتهد فيه بخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر أما لو افلان كونه مجتهدا فيه ان كان لخلاف الشافعي فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف توضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد ولان أبا حنيفة رحمه الله أبطل اسلام القوهية في القوهية والمروية مع أن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو أسلم قوهياً في قوهي جاز عند الشافعي ومع ذلك تعدى فساد (٣١٠) ذلك الى المقرون به وهو اسلام القوهي في المروي وأمالان الفساد في المشتراة باعتبار

شبهة الربا فلو اعتبرناها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتباراً للشبهة الشبهة وهي غير معتبرة وبيانه أن في المشتراة شبهة أثر بان في المسئلة الاولى انما يصح شراء مائة باء بأقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربا لان الالف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيباً فبردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبائع الثاني

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبائع جائز في التي لم يشتريها من البائع ويبطل في الاخرى) لانه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشتريها منه فيكون مشتري الاخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبهما ولا يبيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه أولاً لانه باعتبار شبهة الربا ولا نه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة الربا وأورد عليه طلب الفرق بين النهي عن بيع الولد الكائن مع أمه مفرداً لم يوجب الفساد فلم أوجبه هذا النهي أجيب بأن النهي اذا كان لا مبرر يرجع الى نفس البيع أوجبه وان كان لا مبرر خارج لا والنهي فيما ذكره للتفرقة بين النفس البيع حتى لو فرق بينهما بغير البيع أتم ففكره البيع في نفسه كالبيع وقت الذماء وهناه وشبهة الربا وهو مخصوص بالبيع ولشبهة الربا حكم حقيقة (قوله ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع) بخمسمائة (قبل نقد الثمن فالبائع جائز في التي لم يشتريها من البائع ويبطل في الاخرى) وهذا فرع المسئلة السابقة وهي ان شراء مائة باء من المشتري بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز (و) وجهه (أنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشتريها منه فيكون مشتري الاخرى) والتي باعها (بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبهما)

يقع الامن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشترياً بالثمن بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقه بالحقيقة في باب وهي الربا وأمالان الفساد طارئاً وجهين أحدهما أنه قابل للثمن بالجارية بين وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها أن يكون باء مائة باء أقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما اقصا والبعض باء مائة باء والبعض باء مائة باء ففسد البيع فيما باع ولا شك في كونه طارئاً فلا تعدى الى الاخرى ولا يشك كل بما اذا جع بين عبد ومدر وباعها مائة باء ففسد العقد ففسد المقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخر والعقد جائز في العبد لان شمس الأئمة قد قال البيع في المدر غير فاسد ولهذا لو أجاز القاضي بيعه جاز ولا يمكنه غير نافذ حتى المدر وذلك المعنى فيه لافي العقد فانه لا يتعدى الى الآخر والثاني المقاصة فاهل ما باعها بالف

(قوله وبيانه اننا لو جعلنا مائة باء مائة باء وان جعلنا ألفا وجبة جاز) أقول أنت الضمير الراجع الى الموصول باعتبار كونه عبارة عن الجارية (قوله والاولى أن يقال جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه) أقول فيه بحث ثم اعلم أن الضمير الاول في قوله تقتضيه راجع الى الجواز والضمير الثاني في تقتضيه راجع الى الفساد (قوله وفيه نظر أما لو افلان كونه مجتهدا فيه الخ) أقول يجوز أن يقال المراد من قوله مجتهدا فيه أنه محل للاحتياط قال له وقوله بخلاف الشافعي دليل على ذلك فانه لو لم يكن محلاً للاحتياط لم يخالف الشافعي فيه فليتدبر (قوله ومع ذلك تعدى فساد ذلك الخ) أقول واجيب بان السلم مبنية على المضايقة فلذلك اعتبر فيه شروط لم تعتبر في مطلق البيع فيناسبه السرية بخلاف ما نحن فيه وأجاب في الكافي بجواب آخر فرأى (قوله لان شمس الأئمة قد قال البيع في المدر) أقول تعليل اقوله ولا يشك الخ (قوله والثاني المقاصة) أقول معطوف على قوله أحدهما انه قابل للثمن

وهي التي ضمت اليها وأورد عليه أن علمه الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كان أصابة حصتها أياها أقل  
من خمسمائة المستلزم لشراؤها بأقل مما باعها به لزم أن لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمسمائة لو باعها  
وأخرى معها بألف وخمسمائة لأن عند تقسيم الثمن عليها يصيب كلاً منهما أكثر من خمسمائة فليس  
فيه شراء بأقل مما باع قبل نقد الثمن لكن ذكره لأنه أيضاً فاسد أعجب بأن الفساد في هذه  
لمعنى آخر وهو تكرهات الجواز وليس البعض في الحل عليه بأولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف  
الأكرا وأمثالها حيث يتحرى الجواز فيها لتعيين جهة الجواز على ما يحى في كتاب الصرف وهذا  
لو صح لزم أن يمتنع ثبوت موجب له موجبات تثبت له دفعة فتمتنع تعدد العلل لأنه يقال فيها مثل ذلك  
ثم لا يسمع الفساد في الجارية حين وما أبشع قول قائل إذا كثرت جهات الحل بلا معارض يحرم والحق  
أن بينهما فرقا فان هناك الموجبات متحققة وهذا المحذور موقوف على الاعتبار فاذا اعتبر واحد  
أمكن اعتبار غيره ولكنه لا يزيد النظر الا وكادة فان الاخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لم يعمل  
المحذور الذي وجدته ونحقق بتحقيق الاعتبار فليست أمثل وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه  
عدل الى وجهه ذكر أنه الوجه وهو أن من الممكنات أن يغتفر في مقابلة الجارية الاولى من الألف  
وخمسمائة أقل من خمسمائة واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد وليس هذا من المذهب في شيء بل اذا  
اجتمع فيه اعتبر وجه الصحة تصحها كإسقاط في بيع فقيز حنطة وقيز شعير بفقيرى حنطة وشعير  
حيث يصح ويتحرى الجواز اعتباراً لتصحيح التصرف المسلم ولا اشكال فيه على قولهما بل على قوله لأن  
مذهب أبي حنيفة أن البيع اذا فسد به فسد كله اذا كان الفساد مقارناً دفعة المصنف بوجه  
أولها أن الفساد فيما بيعت أولاً لا ضعف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرنا من مذهب الشافعي فلم  
يسر للآخرى كما اذا اشترى عبدان فاذا أحدهما مد بولا يفسد في الآخر كذلك بخلاف الجمع بين  
حر وعبد واستشكل على الواسم قوهيا في قوهي ومروى فانه باطل في الكل عنده وعندهما يصح في  
المروى كالأسم حنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل وعندهما يصح في حصة الزيت مع ان فساد  
العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فان اسلام هر وى في هر وى جائز عند الشافعي ولا يخلص منه  
الابتغى تعديل تعدى الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليه الى تعليقه بأنه يجعل الشرط الفاسد في  
أحدهما وهو شرط قبول العقد في الهر وى شرط القبول في المروى فيفسد في المروى بالشرط  
الفاقد وفي الهر وى بالتحاد الجنس وكذا اعترف به شمس الأئمة بعد أن علل هو به في شرح الجامع  
ثانيها ان الفساد في الاولى للشبهة الربا وسلامة الفضل للبائع الاول بلا عوض ولا ضمان يقابله وهو  
منتف في المضمونة فلما اعتبرنا ذلك الشبهة في التي ضمت الى المشتراة أولاً كان اعتباراً شبهة الشبهة  
وهذا أحسن من تقرير قاضيان اعتبار الشبهة بأن الألف وهو الثمن الاول على شرف السقوط  
لا احتمال أن يجد المشتري بها عيباً فبرده فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيكون  
البائع بالعقد الثاني مشترياً بالفاتح خمسمائة ثالثها ان الفساد في الاول طارئ غير مقارن وله وجهان  
أحدهما انهم ما يذكروا في العقد ما يوجب فساداً فانه قابل الثمن بالجاريين وهذه المقابلة صحيحة ولكن  
بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمته ما فيصير البعض بازاء ما لم يبيع حينئذ يفسد البيع فيما باعه وهذا فساد  
طراً الا أن لان الانقسام بعد وجوب الثمن أى بعد وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فلا يتعدى  
الى الاخرى والاخر بسبب المقاصة فان المقاصة تقع بين الثمن الاول والثمن الثاني فيبقى من الثمن الاول  
فضل بلا عوض وذلك لان البائع الاول لما باعه بألف ثم اشتراها بخمسمائة قبل النقد فتقاصا  
الخمسائة بخمسمائة مثلها فيبقى للبائع من الثمن الاول فضل خمسمائة أخرى مع الجارية والمقاصة

ثم اشتراها قبل نقد الثمن  
بخمسمائة فتقاصا  
خمسمائة بخمسمائة مثلها  
بقي للبائع خمسمائة أخرى  
مع الجارية والمقاصة تقع  
عقيب وجوب الثمن على  
البائع بالعقد الثاني  
فيفسد عند ذلك  
لا شك في طرده

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه الخ) اشترى زيتا على أن يزنه وبطرح عنه مكان كل ظرف خسين  
رطلا فهو فاسد فانه شرط ما لا يقتضيه (٢١٢) العقد فان مقتضاه أن يطرح عنه دون الظرف ما يوجد وعسى يكون

وزنه أقل من ذلك أو أكثر  
فشرط مقدار معين بخالف  
لمقتضاه وان اشترى على أن  
يزن ويطرح عنه بوزن  
الظرف جاز لكونه موافقا  
لمقتضاه قال (ومن اشترى  
سمنا في رزق الخ) ومن اشترى  
سمنا في رزق وردا للظرف  
فوزن جلاء عشرة أرطال  
فقال البائع الرزق غير هذا  
وهو خمسة أرطال فالقول  
قول المشتري لان هذا  
الاختلاف أما أن يعتبر في  
تعيين الرزق المقبوض أو في  
مقدار السمن فان كان  
الاول فالمشتري قابض  
(والقول قول القابض ضمينا)  
كان كالغاصب (أو أمينا)  
كالسودع وان كان الثاني  
فهو في الحقيقة اختلاف في  
الثمن (فيكون القول للمشتري  
لانه ينكر الزيادة) والقول قول  
المنكر مع يمينه فان قيل  
الاختلاف في الثمن يوجب  
التحالف فما وجه العدول  
الى الحلف أجيب بانه  
يوجب اذا كان قصدا وهذا  
ضمني لوقوعه في ضمن  
الاختلاف في الرزق والفقهاء  
فيه أن الاختلاف الابتدائي  
في الثمن انما يوجب التحالف  
ضرورياً أن كل واحد  
منهم مادمع عقدا آخر

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خسين  
رطلا فهو فاسد ولو اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز) لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد  
والثاني يقتضيه قال (ومن اشترى سمنا في رزق فردا للظرف وهو عشرة أرطال) فقال البائع الرزق غير هذا  
وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر باختلاف في تعيين الرزق المقبوض فالقول قول  
القابض ضمينا كان أو أمينا وان اعتبر باختلاف في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون  
القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة

تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها فهو طارئ فلا ينظره ربي الاخرى كن  
باع عبيدين صفقة وبين ثمن كل ثم الحقاقي ثمن أحدهما أجلاه وقت الحصاد ففسد البيع فيه ولا يتعدى  
الى الآخر فكذا ما نحن فيه وأورد ينبغي أن يفسد العقد في الآخر لمعنى آخر وهو انه جعل قبول العقد  
فيما لا يصح وهو ما باعه أو لا شرط القبوله في الآخر قلنا قبول العقد فيه ليس شرطا فاسدا لا يرى  
أنه لو كان ثمنه مثل الثمن الاول أو بخلاف جنسه كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لا على  
ضمائنه وهذا يقتصر على العبد الذي باعه ولا يتعدى الى العقد الثاني وفي المبسوط لو اشترى البائع مع  
رجل آخر جاز من الاجنبي في نصفه ولو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشترى اها منه بأقل ان كانت الولادة  
نقصتها جاز كما لو دخلها عيب عند المشتري ثم اشترى اها منه بأقل وان لم تنقصها لا يجوز لانه يحصل له ربح  
لا على ضمائنه (قوله ومن اشترى زيتا في ظرف) صورته في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي خنيفة  
في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أنه يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف  
خسين رطلا قال هذا فاسد وان كان قال على أن تطرح عني وزن الظرف فهو جائز لانه شرط يقتضيه  
العقد وهو شرط أن يتعرف قدر المبيع من غيره ليخص بالثمن بخلاف قوله على أن يزنه فيطرح عنه  
لكل ظرف عشرة أرطال أو خسين فان البيع حينئذ فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد  
المتعاقدين لان زنة الظرف قد تكون أقل من خسين فيكون البيع بشرط ترك المبيع وهو نفع للمشتري  
وقد تكون أكثر منها فيكون البيع بشرط اعطاء ثمن لا في مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع والمسئلة بعدها  
فرع عليها وهو ما في الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الرزق كل رطل بدرهم فوزنه بقرقه  
فبلغ مائة وقبضه المشتري فقال وجدت السمن تسعين رطلا والرزق هذا وزنه خمسة أرطال فالقول قول  
المشتري مع يمينه الآن بقمم البائع اليمنه (لان هذا) الاختلاف (ان اعتبر باختلاف ارجاعها الى  
تعيين الرزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان) كالغاصب (أو أمينا) كالسودع ولان البائع  
يدعي عليه زقا آخر والمشتري ينكر الزيادة وان اختلفا في قدر السمن المقبوض فرجعه خلاف في قدر  
الثمن (فالقول قول المشتري لانه ينكر الزيادة) واستشكل مسألتي احدهما ما اذا باع عبيدين وقبضهما  
المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر برده بعيب فاختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع كما سياتي في  
باب التحالف والثانية ان الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشتري على تقدير  
اعتباره اختلاف في الثمن أجيب عن الاول بأنها مع هذه طرد فان كون القول للمشتري لانكاره الزيادة  
وهناك انما كان البائع لانكاره الزيادة وعن الثاني بأن التحالف على خلاف القياس فيها عند ورود  
الاختلاف في الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تباع لاختلافهما في الرزق المقبوض أهو هذا أولا فلا

يوجب

وأما الاختلاف بناء على اختلاف فهم في الرزق فلا يوجب اختلاف فهم في العقد فلا يوجب

قال المصنف (ومن اشترى سمنا في رزق فردا للظرف) أقول ذلك مكره مستطردى فانه ليس من مسائل البيع الفاسد

قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وشرا ثم افعل جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما) وحكم التوكيل في الخنزير ونو كبل المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف فالأموال لا يلي هذا التصرف فلا يولي غيره كتوكيل المسلم بجوسية تزويج مجوسية ولان ما ثبت للتوكيل ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشر بنفسه ولو باشر بنفسه لم يجز فتكذلك التوكيل به وقال أبو حنيفة المعترف في هذا الباب أهليتان أهلية الوكيل وأهلية الموكل فالأولى أهلية العاقد وهي أهلية التصرف (٣١٣) في الأمور به والنصراني ذلك

والثانية أهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لا يلزم انفكاك المزوم عن الأثرى الى صحة ثبوت ملك الخنزير للمسلم ارنا اذا أسلم مورثه النصراني ومات عن خنزير وخنزير لا يقال الورثة أمر جبري والتوكيل اختياري فأني يتشابهان لان ثبوت الحكم أعني الملك للموكل بعد تحقق العدة أعني مباشرة الوكيل جبري كذلك ثبت بدون اختياره كافي الموت الأثرى أن المأذون له النصراني اذا اشترى خرا ثبت الملك فيها لمسواه المسلم بالاتفاق واذا ثبت الأهلية لم يمنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لاسالب ثم الموكل به ان كان خرا خراخلها وان كان خنزيرا سبيها لكن قالوا هذه وكالة مكرهة أشد كراهة وقولهما الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبده بعهده اذا وكل آخر بشرا لانه لنفسه فانه ثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يلي الشراء لنفسه وبالقاضي اذا

قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وشرا ثم افعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز على المسلم) وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا نو كبل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما ثبت للتوكيل ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشر بنفسه فلا يجوز ولا يلي حنيفة رحمه الله ان العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك الى الأمر أمر حكمي فلا يمنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خرا يخلها وان كان خنزيرا يسيه

يوجب التحالف (قوله) واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وخنزير أو شرا ثم افعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) حتى يدخل الخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب أن يخل الخنزير أو يرقها ويسبب الخنزير هذا في الشراء وفيما اذا كان التوكيل بالبيع بأن كان في ملك المسلم خرا وخنزير وصورته أن يكون كافرا فيسلم عليهما ويموت قبل أن يربلهما وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافرا ببيعهما فما فعله أن يتصدق بثمنهما لم يكن الخطي فيه قال صلى الله عليه وسلم ان الذي حرّمها حرم بيعها وأكل غيرها وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى لا يصح هذا التوكيل وحاصل الوجه من جانبهم اثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل ومن جانبه عدم المانع بالقدح في مانعية ما جعلوه مانعا فيقضي الجواز على الأصل لهم ان الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك تولية غيره فيه وهذا معني قول المصنف (الموكل لا يليه غيره لا يوليه) بنصب غيره لانه مفعول مقدم ليواليه كما انه لم يملك تزويج المجوسية لا يملك نو كبل غيره بتزويجهما باها (ولان ما ثبت للتوكيل) من الملك (ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشر) الشراء أو البيع (بنفسه فلا يجوز ولا يلي حنيفة ان الوكيل) في البيع (يتصرف بأهلية نفسه) لنفسه حتى لا يلزمه أن يضيف العقد الى موكله وترجع حقوق العقد اليه حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب عليه وهو أهل لبيع الخنزير وشرا ثم اشترعا فلا مانع شرعا من توكله والمسلم الموكل أهل لان ثبت له ما ثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت الملك الجبري له فيه ما فات في المانع الشرعي والمالزمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة بمسائل منها ان الوكيل بشراء عبده بعينه لا يملك شراءه لنفسه وملك التوكيل بشرا لانه لنفسه ومنها ان القاضي لا يملك بيع خنزير أو خنزير خلفه ذي ورجع أمره الى القاضي وملك توكله به وكذا الوصي المسلم الذي لا يملك بيع خنزير وملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغيب في مثله اذا كان عليه ديون مستغرقة ويجوز زمن وصيه بعد موته وكذا لا يبيع الام عرض الولد ووصيه ببيعها اذ لم يكن من ميراثها فان قيل ان قلت ان غلام المسلم لها يثبت جبراً عن سبب جبري كاللوث تسليمه أو عن سبب اختياري منعاه وهنا كذلك اذا التوكيل اختياري والملك مترتب عليه اذ لا وجود له في الشرع قلنا فاختار الثاني ونعم ان التوكيل سبب لأجل الشراء وانما هو اختياري للوكيل لا الموكل وليست الوكالة سبباً بل شرط وانما سببه اختيار الوكيل واختياره ليس لازماً للوكالة ولا مسيئاً عنها اذ لا يلزمه الشراء بقي أن يقال اذا كان حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن وفي الشراء أن بسبب الخنزير ويريق الخنزير ويخلها بقي نصران غير معقب لقائده وكل ما هو كذلك ليس مشروع وقد روي عن أبي حنيفة

أمر ذمياً ببيع خرا وخنزير خلفه ذي آخر وهو لا يلي التصرف بنفسه وبالذمي اذا أوصى لمسلم وقد تر كهما فان الوصي يوكل ذمياً بالبيع والقسمه وهو لا يلي ذلك بنفسه والقياس على تزويج المجوسى مدفوع فان حقوق العقد في التسكاح ترجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير قال المصنف (كما اذا ورثهما) أقول وصورة ارثهما بان كانا ذمي فأسلم فمات قبل التخليص والتسييب فورثهما الوارث (قوله لا يقال الى قوله لان ثبوت الحكم) أقول لان ثبوت الحكم الخ جواب لقوله لا يقال الوارثة الخ

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يديره أو يكتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد) لان هذا بيع وشروط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشروط

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري) شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر أصلا جامعا للفروع أهمها بنا وتقريره أن الشرط ينقسم أولا إلى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما ثبت بطلاق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن أو المبيع وإلى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا ينقسم إلى ما كان متعارفا وإلى ما ليس كذلك وهذا ينقسم إلى ما فيه منفعة لاحد الماقتدين وإلى ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم إلى ما فيه منفعة للعقد وعليه وهو من أهل الاستحقاق وإلى ما هو بخلافه في القسم الأول جاز البيع والشرط يزيد وكادة لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشروط وهو باطل لانه يقتضي عدم جوازه

أن هذه الوكالة تذكره أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس إلا كراهة التحريم فأى فائدة في الصحة (قوله) ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يديره أو يكتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشروط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشروط) قال الطبراني في معجمه الأوسط حدثنا عبد الله بن أيوب المقرئ حدثنا محمد بن سليمان الذهلي حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعا وشروطا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال لا أدري ما قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع وشروط البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال ما أدري ما قال حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن اشتري برة فأعتقتها البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال ما أدري ما قال حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رضي الله عنه قال بعث من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشروط لي جلائلهم إلى المدينة البيع جائز والشرط جائز وكذا رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في أحكامه وسكت عليه وقد ظهر من هذا أن في المسئلة ثلاثة مذاهب مستدل عليها فلا بد من النظر فيها فاما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل إلا التخصيص فحمله الشافعي رحمه الله عليه واستثنى من منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بحديث برة فان النبي صلى الله عليه وسلم ما رد في حديثها إلا الولاء وذا كرا لا قطع انهار واية عن أبي حنيفة رضي الله عنه وحديثها في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءتني برة فقالت كاتب أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعطيني فقلت ان أحب أهلك ان أعدها لهم ويكون ولاؤك لي ففعلت فذهبت برة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت اني عرضت عليهم ذلك فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم فأخبرت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خذهم واشترط لهم الولاء فان الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة الحديث وفيه دليل على جواز بيع المكاتب اذا رضى بالبيع وفيه ابطال قول من منع بيعه وقال انما اشترطت عائشة الولاء بسبب ما وقع في بعض الروايات وهو ان أحبوا أن أفضى عنك كتابتك وذلك لانه صلى الله عليه وسلم قال انما الولاء لمن أعتق وردت شرطتهم الولاء لانفسهم والعتق من عائشة رضي الله عنها وهذا الخلاف فيه ولو قال قائل ان الشرط اذا كان أمرا لا يحل شرعا مثل أن يشترط أن لا يقع عتقك اذا أعتقته يبطل هو دون البيع فانه لغو لا يمكن المشروط عليه أن يفعل فيتم البيع كأنه لم يذ كذا كان خارجا عن طاعة من شرط عليه أمكن ويكون أصل هذا حديث برة وأما الحنفية فاعمالهم بخصوصه لان العام عندهم يعارض الخاص ويطلب معه أسباب الترجيح والمرجح هنا للعام وهو نهى عن بيع وشروط وهو كونه مانعا وحديث برة مبيح فيجمل على ما قبل النهي لان القاعدة الاصلية ان ما فيه الاباحة منسوخ بمافيه النهي وأما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء جلائلهم لم يقع في صلب العقد كذا قاله الشافعي رحمه الله ونحن كذلك نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم العام فان قلت كيف قال الشافعي بافساد البيع بالشرط مع ان حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قبيل المرسل عند

لأنه في الحقيقة ليس بشرط حيث أقادما فاده العقد المطلق وفي الأول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفا كبيع التعلل مع شرط التبريك كذلك لأن التاب بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد (٣١٥) البيع شرط ثابت بالحديث والعرف

ليس بقاض عليه لأنه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف يتيق النزاع فكان موافقا للعرف الحديث فلم يبق من الموانع إلا القياس على ما لا عرف فيه بجماع كونه شرطا والعرف قاض عليه وفيما إذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لأحد المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسدا لوجهين لأن فيه زيادة عارية عن العوض لأنهما لما قصدوا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو الرابا لا يقال لا تطلق الزيادة الأعلى الجائز للزيد عليه والمشرط منفعة فكيف يكون ربا لأنه مال جازأخذ العوض عليه ولم يعرض عنه بشئ فكان ربا ولأنه يقع بسببه المنازعة في مقصوده فيعري العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف في بيان أسباب الشرائع وفيما إذا كان فيه منفعة للعقد عليه

ثم حجة المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للعقد عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا أولانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده لأن يكون متعارفا لأن العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده

كثير من أهل الحديث قلت ذلك إذا لم يصرح فيه بحد أبيه عبد الله بن عمرو بن العاص وقد ورد عنه التصريح به فيما أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو ابن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يخل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح مالم يضمن ولا يبيع ما ليس عنده ولهذا قال الترمذي حديث حسن صحيح وروى هذا أيضا من حديث حكيم بن حزام في موطأ مالك بلاغا وأخرجه الطبراني من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع خصال في البيع عن سلف وبيع وشرطين في بيع وبيع ما ليس عنده وربع مالم يضمن ومعنى السلف في البيع البائع بشرط أن يقرضه دراهم وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين وغير ذلك مما سياتي (قوله ثم حجة لأنه لا يفسد العقد) كشرط أن يجلس المبيع إلى قبض الثمن ونحوه فيجوز لأنه مؤكد لموجب العقد ولا يقتضيه لكن ثبت صحته شرعا بالامرأته كشرط الاجل في الثمن والثمن في السلم وشرط في الخيار فكذلك هو صحيح للإجماع على ثبوته شرعا رخصة أولا لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشرائه فعل على أن يحسنه البائع أو بشرط كفافه وجازأ أيضا مما سياتي وكذا إذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن كالبيع بشرط كقبيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة أو بأن يرهنه به رهنه معلوما بالاشارة أو التسمية فهو جازأ أيضا على الصحيح خلافا لفرقان حاصله التوثق بالثمن فيكون كاشتراط الجوده فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضر فحضر وقبل قبل أن يتفرقا جازأ ولو بعده أو كان حاضر فلم يقبل لم يجز ولو لم يكن الرهن مستمى ولا مشارا إليه لا يجوز بالاتفاق لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف إلى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد بخلاف الرهن لا يشترط حضرته لكن مالم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وإن انعقد عقد الرهن بذلك الكلام فإن سلم مضي العقد على ما عقدوا وان امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن فإن لم يدفع الرهن ولا الثمن خسر البائع في الفسخ وشرط الحوالة كالكفالة ولو كان الشرط مما لا يقتضيه وليس مما ذكرنا فاما ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للعقد عليه وهو من أهل الاستحقاق كان اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يتركها في داره شهرا أو ثوبا على أن يخيطه فالبائع فاسد وكذا شرط أن لا يبيع المشتري العبد لأنه يوجب له أن لا تتداوله الأيدي وكذا على أن لا يخرج منه من مكة مثلا وفي الخلاصة اشترى عبدا على أن يبيعه جازأ على أن يبيعه من فلان لا يجوز أي لا يجوز للبائع أن يشترط عليه البيع من فلان لأن للمبيع منفعة ولها مطالب من جهة العباد وهو العبد لا طالبها وكذا إذا كانت المنفعة لغير العاقدين ومنه إذا باع ساحة على أن يبنى بها مسجدا أو طعما على أن يتصدق به فهو فاسد أموالو كان المبيع ثوبا أو حيوانا غير آدمي فقد خرج الجواز مما ذكرنا في المزارعة من أن أحد المزارعين إذا شرط في المزارعة أن لا يبيع الآخر نصيبه أو يهبه أن المزارعة جائزة والشرط باطل لأنه ليس لأحد

(قوله لأنه في الحقيقة الخ)  
أقول جواب لقوله لا يقال  
نهي النبي عليه الصلاة  
والسلام (قوله لأنه معلول)

الخ) أقول جواب لقوله لا يقال فساد البيع (قوله بجماع كونه شرطا) أقول مقضيا إلى الزيادة العارية عن العوض وفيه بحث (قوله لأنه مال) أقول جواب لقوله لا يقال لا تطلق الخ وقوله مال أي في حكم المال

كشروط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع فإن العبد يجب أن لا تنداوله الأيدي وتعام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حر كان البيع باطلا فاشترط منفعة كاشترط منفعة أحد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين وفيما إذا لم يكن فيه منفعة لأحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشروط أن لا يبيع الدابة المبيعة لأنه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن أبي يوسف أنه يبطل البيع به نص عليه في آخر المزارعة لنضر والمشتري به من حيث أنه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين والجواب أن الاعتبار بالمطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر وإذا ثبت هذا ظهر أن بيع العبد بشرط أن يعتقه المشتري أو يدره أو يكتبه أو أمة على أن يستولدها المشتري فاسد لأنها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للعقود عليه لأن قصته الاطلاق في التصرف والتخيل لا الإلزام والشرط يقتضي الإلزام حتما والمنازعة بينهما ظاهرة وليس أحدهما من العقد والشرط أولى بالعمل من الآخر فمنازعة ما وقلنا أنه فاسد والفساد ما يكون مشروعا بأصله غير مشروع وبوصفه بالنظر (٢١٦) الوجود ركن العقد كان مشروعا وبالنظر إلى عروض الشرط كان غير

مشروع فكان فاسدا ولا خلاف في هذه الجلة بيننا وبين الشافعي إلا في البيع بشرط العتق في قول فأنه يجوز به وبقيسه على بيع العبد نسمة وفسره في المبسوط بالبيع بشرط العتق وفسره المصنف بأن يباع من يعلم أنه يعتقه لأن يشترط فيه فإن كان تفسيره عند الشافعي ما ذكره المصنف صح قوله بقيسه لأنهم غيران فيصيح قياس أحدهما على الآخران ظهر جامع وان كان تفسيره عنده ما ذكره في المبسوط فلا بد أن يفسر قول المصنف بقيسه بليحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه وبين الحاقه بالدلالة أن يبيع العبد نسمة على

وهو الظاهر من المذهب كشروط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة إذا ثبت هذا فنقول أن هذه الشروط لا تقتضي العقد لأن قصته الاطلاق في التصرف والتخيل لا الإلزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للعقود عليه والشافعي رحمه الله وان كان يخالف في العتق وبقيسه على بيع العبد نسمة فالجدة عليه ما ذكرناه وتفسير المبيع نسمة أن يباع من يعلم أنه يعتقه لأن يشترط فيه

العاملين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن في المجرى قال المصنف (وهو الظاهر من المذهب) لأنه إذا لم يكن من أهل الاستحقاق (انعدمت المطالبة) والمنازعة (فلا يؤدي إلى الربا) وما أبطل الشرط الذي فيه المنفعة البيع إلا لأنه يؤدي إليه لأنه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو معنى الربا ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشتري أو يكتبه أو يدره والشافعي يخالف في شرط العتق في أحد قوليه فيصححه ثم إن أعتقه المشتري فذلك والاخير البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض أصحابه وفي قول آخر ينحصر في قول المصنف (وبقيسه) الشافعي (على بيع العبد نسمة) ثم فسره (بأن يبيعه من يعلم أنه يعتقه لأن يشترط فيه ذلك) وعلى تفسير المصنف هذا تحقق صورة القياس وأما على نفسه بغيره بأن يباع بشرط عتقه فلا يصح لأنه نفس المقيس عليه إلا أن قوله لأن يشترط فيه يفهم من قوته أن تفسيره بما ذكره مخالف لتفسير الشافعي بذلك فنقلناه وحينئذ بقوى الاعتراض عليه بأنه حينئذ لا قياس قال (والجدة عليه ما ذكرناه) يعني من الحديث والمعنى وأنت علمت أنه يرجع إلى تخصيص العام بالخاص كيفما وجد وهو مذهبه ولهذا خصه بحديث بريرة وجوابه أن ليس في حديث بريرة أصلا أن البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط في شيء ولا يصلح البيع من بطن عتقه أصل لا لقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسمة منصوب على الحال بمعنى معرضا للعتق وعبر بالنسمة عنه لكثرته ذكرها فيما إذا أعتقت في مثل قوله صلى الله عليه وسلم فك الرقة وأعتق النسمة فصيرت كالاسم لما عارض للعتق

ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة أذ جاءت إلى عائشة رضي الله عنها استعيت في المكاتب فقالت إن شئت عدتها فعمومات لا هلك واعتقك فرضيت بذلك فاشتريها وأعتقتك أو أعتقتك واشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرها في معناها في هذا الشرط فالجواب بدلالة وأنما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لأنهم عند الشافعي قياس جلي على ما عرف في الأصول والجدة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشروط رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخافا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة أن تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقا ووعدت لها أن تعتقها الترضي بذلك فان يبيع المكاتب لا يجوز زيدون رضاها النسمة من نسيم الريح وسميت بهم النفس وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وأنما صح هذا لأنه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصاً في قوله عليه السلام فك الرقة وأعتق النسمة صارت كأنها اسم لما هو معرض للعتق (قوله فلا بد أن يفسر قول المصنف) أقول كيف يستقيم هذا الكلام بعد ما فسره المصنف بما فسره (قوله وبين الحاقه بالدلالة) أقول فيه تأمل

فعملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب فان وفي بالشرط واعتق بعد ما اشتراه ببيع ويجب الثمن عند أبي حنيفة وقال ينيق فاسدا كما كان فوجبت عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا يتقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكذا اذا باع بشرط التدبير والاستيلاء والكتابة وقد وفي المشتري بما شرط (٢١٧) أولم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا

لحقيقة الحرية بجحق الحرية (ولابي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه) من تقييد التصرف به المغاير للاطلاق (ولكن من حيث حكمه بلائمه لانه منه للملك والمنهى للشيء مقرر له ألا ترى أن العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب) فبالنظر الى الجهتين توقفت الحال بين بقاءه فاسدا كما كان وبين أن يتقلب جائزا بوجود الشرط ( فاذا وجد فقد تحققت الملاءمة فببرجع جانب الجواز) علما بالدليلين وتأمل حق التأمّل تخلص من ورطة شبهة لا تسكاد تخلص وهي أن هذا الشرط في نفسه إما أن يكون فاسدا أولا فان كان الاول فتحقيقه بقرار الفساد لا يلزم فساد الوضع وان كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملاءمة جائز من حيث الحكم فقلنا بالفساد في الابتداء علما بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء علما بالحكم والمعنى ولم نذكر لانا لم نجد جائزا يتقلب فاسدا او وجدنا فاسدا يتقلب

فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ينيق فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا يتقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه بلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف من وجهه آخر لم تحقق الملاءمة فيتمتقر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملاءمة فببرجع جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال (وكذلك لو باع عبد اعلى أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له هدية) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

فعملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الفعل (قوله فلو اعتقه المشتري الخ) هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو أن المشتري بهذا الشرط لو اعتقه بعد ما قبضه عتق ثم عند أبي حنيفة يبرجع البيع صحيا حتى يجب الثمن عنده وعندهما لا يعود صحيا فقلنا لم يمتد فيه وأما لو اعتقه قبل القبض فلا يعتق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع وجه قولهما انه تلف بعد أن ملكه بالقبض في بيع فاسد (فلا يتقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر) من موت أو قتل أو بيع أو هبة أو ميسا على تدبيره واستيلاءهما فان هناك الضمان بالقيمة اتفاقا فهو أوفى بالشرط اعتبارا لحقيقة الحرية بجحق الحرية (ولابي حنيفة أن شرط العتق) وان كان (لا يلائم العقد على ما ذكرناه) يعني قوله لان قضية العقد الاطلاق في التصرف والتخيير الى آخره (ولكنه من حيث حكمه) وهو ثبوت الحرية (بلائمه لانه) أي العتق (منه للملك) الذي هو أثر البيع (والشيء بانتهائه يتقرر) وجوده والفساد لا تقر له فكان صحيا (ولهذا لا يمنع الرجوع بنقصان العيب) اذا طلع عليه بعد أن اعتقه بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لا يصير به هذا الشرط ملائما فيبقى على مجرد جهة المفسدة ولذا الوما لا يتقلب صحيا لان موته لا يصير بشرط العتق ملائما وهو المنظور اليه في افساد العقد وتصحيحه وكون شيء آخر كالتوثيق ونحوه ملائما لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملائما وأما شرط التدبير والاستيلاء فكذا لا يصير العقد صحيا اذا دبر المشتري أو استولدها لانه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاء ملائما لانه يتيقن امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد لجواز أن يحكم قاض بجهة بيعهما فيتمتقر الفساد وأوردلما كان فعل هذا الشرط معها ينبغي أن يكون العقد صحيا في الابتداء عند اشتراطه أجب بأنه من حيث هو مخالف لمقتضى العقد وانما بلائمه باعتبار حكمه فعلنا في الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته وعند تحقق حكمه بفعله بمقتضى حكمه ولو اشترى أمة بشرط أن يطاها المشتري أولا يطأها فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز في الاول لانه ملائم للعقد قلنا الملائم له اطلاق الوطء لا الزامه وعند محمد يصح فيه ما لا يبي يوسف والثاني ان لم يقتضه العقد ولا يرجع نفعه لاحد فهو شرط لا طالب له (قوله وكذلك لو باع عبد اعلى أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له هدية) أو ثوبا على أن يقطعه المشتري قيضا أو قباه فهو فاسد (لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين)

(٢٨ - فتح القدير خامس) جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر فانه لم يتقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فنقرر الفساد ويخالف التدبير والاستيلاء والكتابة فان الملك لا ينتهي بها يبقين لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المديون وأم الولد والمكاتب مخير في الاجازة والانهاء انما يتحقق اذا وقع الأمن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك غيره كافي الاعناق والموت قال (وكذلك اذا باع عبد اعلى أن يستخدمه البائع شهرا الخ) البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

ولانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اجارة في بيع وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة

وقد ورد في عين بعضها نهى خاص وهو (نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف) أي فرض ثم خص شرطى الاستخدام والسكنى بوجه معنوى فقال (ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن) بأن يعتبر المسمى نمسا بازاء المبيع وبازاء اجرة الخدمة والسكنى (يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اجارة في بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة) فيتناول كلا من الاعتبارين المذكورين رواه أحمد عن اسود بن عامر عن شريك عن سمك عن عبد الرحمن بن عبد الله ابن مسعود عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة أما ثبوته فقد رواه الزارقي مسنده عن اسود بن عامر واهل بعض طرقه ورجح وقفه بالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام وأما معناه ففسره المصنف بما سمعت وفسره أبو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل للرجل أبيعك هذا نقدا بكذا ونسيته بكذا وبفترقان عليه انتهى ورواية ابن حبان للحديث موقوفة الصفقة في الصفقتين ربا تؤيد تفسير المصنف مع أنه أقرب تبادرا من تفسير أبي عبيد وأكثرا فائدة فإن كون الثمن على تقدير النقدا الفأو على تقدير النسيته ألفين ليس في معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة واعلم أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيعتين في بيعة ويظهر من كلام بعض من يشكك في الحديث ظن أنه معنى الاول وليس كذلك بل هذا أخص منه فإنه في خصوص من الصفقات وهو البيع وفسره الشافعي بأن يقول أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا فإذا وجب لي غلامك وجبت للدارى وهذا حديث صحيح رواه الترمذى والنسائى وقال الترمذى حسن صحيح ورواه مالك بلاغا وفي فتاوى الولوالجى لوقال بعثك هذه الدار بألف على أن يقرضني فلان الاجنبى عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم الاجنبى لانه لو لم يقرضه فاما بطريق الضمان عن المشتري أو بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري فكيف يحمله الكفيل ولا الى الثاني لانه لم يقبل على أن يقرضه واذ لم يلزم الاجنبى لا يفسد البيع ولا خيار البائع لانه لو ثبت انما ثبت اذ لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري وقد سلم له ذلك وفي الفتاوى الصغرى قال ربع عبدك من فلان على أن الثمن على العبد لفلان حكى عن أبي الحسن الكرخي أنه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية واستبعد أبو بكر الخصاص **فروع** باع أمة بشرط أن يطأها المشتري أو أن لا يطأها ففسد البيع عند أبي حنيفة فيهما المأذ كمن أن مقتضى العقد الاطلاق وهذا تعيين أحد الجانبين وعند أبي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا ويصح الاول لان العقد يقتضيه وعند محمد يصح فيهما ولو كان في الشرط ضرر كان شرط أن يقرض أجنبيا لا يفسد العقد وذكر القدوري أنه يفسد ولو لم تكن فيه منفعة ولا مضرة كان اشتري طعاما بشرط أن يأكله أو أن يطأ بشرط أن يلبسه جاز وذكر الامام قاضى خان العقود التي تتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بماليس عال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد وقسم له شبهة بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد وفي الخلاصة التي تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر البيع والقسمة والاجارة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والبراءة عن الدين وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوى وتعليق ايجاب الاعساف بالشرط والمزارعة والمعاملة والاقرار

ولم يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قال على أن يقرضه المشتري درهما احترازا عما إذا قال بعثك هذه الدار على أن يقرضني فلان الاجنبى ألف درهم فقبله المشتري صح البيع لانهم لم يلزم الاجنبى لاضمانا عن المشتري لانهم ليست في ذمته فيتحملها الكفيل ولا زيادة في الثمن لانه لم يقل على أن يقرضني فلان الاجنبى فصار من بخلاف اشتراط الاقراض على المشتري لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف وأيضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين في صفقة كما ذكره في المتن

قال (ومن باع عينا على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر الخ) الاجل في المبيع العين باطل (٣١٩) لاقضائه إلى تحصيل الحاصل فانه شرع

ترفيه في تحصيله باتساع  
المدة فاذا كان المبيع أو  
الثمن حاصلًا كان الاجل  
لتحصيل الحاصل وانما  
قيد بالعين احترازًا عن السلم  
فان ترك اجل فيه فاسد  
للحاجة إلى التحصيل قال  
(ومن اشترى جارية الا  
حملكها الخ) ذكر في هـ هذا  
الموضع العقد المستثنى منه  
وهو ثلاثة أقسام الاول  
ما فسده العقد والاستثناء  
والثاني ما صح فيه العقد  
وبطل الاستثناء والثالث  
ما صح فيه كلاهما أما  
الاول فكالبيع والاجارة  
والكتابة والرهن فاذا باع  
جارية الاجلها أو أجر داره  
على جارية الاجلها أو رهن  
جارية الاجلها أو كاتب عبده  
على جارية الاجلها فاسد  
العقد لانها عقود تبطل  
بالشروط الفاسدة لان غير  
البيع في معناه من حيث  
أنها معاوضة والبيع  
يبطل بالشروط الفاسدة  
لما تقدم فكذا ما في  
معناه والاستثناء يصير شرطًا  
فاسدًا فيها فيفسدها وذلك  
لما ذكره من الاصل فيه  
أن ما لا يصح افراده بالعقد  
لا يصح استثنائه من العقد  
والجل من هذا القبيل وقد  
تقدم في أول البيوع وهذا  
لان الجل بمنزلة أطراف الحيوان  
لاتصاله به ينتقل بانتقاله

قال (ومن باع عينا على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر فالببيع فاسد) لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون  
شرطًا فاسدًا وهذا لان الاجل شرع ترفيه فيمليق بالديون دون الاعيان قال (ومن اشترى جارية  
الاجلها فالببيع فاسد) والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثنائه من العقد والجل من هـ هذا  
القبيل وهذا لانه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقه ويبيع الاصل يتناولهما فالاستثناء يكون على  
خلاف الموجب فلا يصح

والوقف في رواية وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون الطلاق والخلع ولو بغير مال والعق  
بمال وبلا مال والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصاية والشركة والمضاربة والقضاء  
والامارة والتحكيم بين اثنين عند محمد خ لا فالأبي يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة  
والنسب والكتابة واذن العبد ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالا  
ومؤجلًا وجناية العصب والوديعة والمعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة وعقد  
الذمة وتعليق الرديع العيب وتعليق الرد بغير الشارط وعزل القاضي والنكاح لا يصح تعليقه ولا  
اضافته لكن لا يبطل بالشروط ويبطل الشرط وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط  
وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشروط المتعارف تصح هي والشرط وبغير المتعارف يبطل وتصح  
الكفالة انتهى فالحاصل أن كل ما كان من قبيل التمليكات أو التقييدات لا يصح تعليقه في الاول  
الاقرار والابراء ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند أبي يوسف من قبيل  
التمليكات فلا يتعلق وعند محمد يتعلق لأنه من اطلاق الولاية كالقضاء والاذن والابراء والوكالة  
وان جعل الوكالة في شرح الطحاوي من قبيل التمليكات بل هي بالولايات أشبه (قوله ومن باع عينا  
على أن لا يسلمه) ايها (إلى رأس الشهر فالببيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطًا  
فاسدًا وهذا لان الاجل شرع ترفيه فيمليق بالديون) لانها ليست معينة في البيع فيحصل بالاجل  
الترفيه بخلاف المبيع العين فانه معين حاضر فلا فائدة في الزامه تأخير تسليمه اذا فادته الاستحصال به  
وهو حاصل فيكون اضارًا بالبائع من غير نفع للشري (قوله ومن اشترى جارية الاجلها فاسد البيع  
والاصل) المهمل لتعريف ما يصح استثنائه من العقد وما لا يصح استثنائه هو (أن ما لا يصح افراده  
بالعقد) ابتداء (لا يصح استثنائه من العقد) وما يصح بصره وما لا يصح افراده بالعقد فلا يصح  
استثنائه وهذا وهو كون الجل لا يصح افراده بالعقد (لانه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقه)  
كرجل الشاة واليتها حتى انه يقرض بالمقراض وأطراف الحيوان لا تصرف بالعقد اجزاء ومن فروعه  
بعتك هذه الصبرة الاقضية منها بكذا يجوز لأن افراد قفيز منها بالبيع يجوز ولو قال بعتك هذا القطيع  
من الغنم الاشاة بألف لا يجوز لانه لا يجوز شراء شاة من هذا القطيع بغير عينا بخلاف ما لو استثنى هذه  
الشاة فانه يجوز لا تنقاه الجهة حيث يجوز لجواز افرادها بالعقد وكذا الحال في كل عدد متفاوت  
ومنه ما اذا باع حيوانًا واستثنى ما في بطنه لثم يه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وأما أن ما لا يفر  
بالعقد لا يجوز استثنائه فلان الاستثناء انما يخرج بعض ما تناوله الصدر عن حكمه وما يدخل تبعا ليس  
مما يتناوله اللفظ كالمفاتيح لا يتناولها اسم الدار فلا تستثنى وأما قول المصنف (بيع الاصل يتناولهما)  
أي الاصل والتبعية (فالاستثناء يكون على خلاف الموجب) فلا يفيد لان الاستثناء ليس الاخراجا  
من حكم الصدر وحكمه هو موجب فلو صح ذلك بطل الاستثناء واصلح أن يريد بالتناول فيها الحكم  
بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب أي طريق الاستثناء ومهيجه لاحقيقة موجب

ويقر بقراره ويبع الاصل يتناولها فلا استثناء يكون على خلاف الموجب دلالة على أن المستثنى مقصود ودلالة العقد على أن الجل تابع

قال المصنف (لان الاجل في المبيع العين باطل) أقول قيد المبيع به احترازًا عن السلم فانه مبيع دين ويصح الاجل فيه بالنص

فيصير ذكره شرطاً فاسداً (قوله غير أن المفسد في الكتابة) استثناء من قوله لأنها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه أن الشرط الفاسد في الكتابة إنما يكون مفسداً لها إذا كان متمكناً في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخنزير أو على قيمته حيث دخل في البذل وأما إذا لم يكن في صلبه كما إذا شرط على الكاتب أن لا يخرج من الكوفة فلا أن يخرج والعقد صحيح لأن الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال في حق المولى ولا تصح الا تبطل بمعلوم وتحتل الفسخ ابتداء وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا تحتل الفسخ بعد تمام المقصود فالخفاء بالبيع في شرط تمكّن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتم فيه وأما الثاني فمكالمته والصدقة والنكاح والخلع والصلى عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد باعتبار افضائه الى الربا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من (٢٢٠) قبيل التمليكات لكنها غير فائتة بالنص أن الشرط الفاسد لا يفسدها فانه صلى الله عليه

وسلم أجاز العري وأبطل شرطه للعري حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة الممر إذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء وأما الثالث فكالمصية إذا أوصى بجاريته لرجل واستثنى جعلها فانه يصح والجارية وصية والرجل ميراث أما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد وأما صحة الاستثناء فلما ذكر أن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيما لانها ليست بعين وذكره في الخدمة على تأويل المذكور واعتراض على قوله الاصل فيه أن ما لا يصح افرادة بالعقد لا يصح استثناءه من العقد بأنه يلزم من ذلك أن ما يصح افرادة بالعقد يصح استثناءه والخدمة في الوصية

فيصير شرطاً فاسداً والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكّن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلى عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثاً أو الجارية وصية لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها وذلك لا يجوز وإذا لم يصح الاستثناء بقي (شرطاً فاسداً) وفيه نفع للبائع (والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة) والأحسن أن يقال تبطل بالشروط الفاسدة لأنها عقود معاوضة فيجعل بطلانها بالشروط الفاسدة اثر المشابهة وتعلل المشابهة بأنها عقود معاوضات الا أن المفسد في الكتابة شرط فاسد تمكّن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد مثل أن يكتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكّن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الكائن في صلب العقد وغيره وانما اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لتشبهه الاعتاق والنكاح من حيث إن أحد البعدين ليس بمال في حق نفسه وكونه معاوضة انما هو بالنسبة الى السيد في الانتهاء وكان له شأن شبه بالبيع وشبه بمال ليس بمعاوضة فيفسد بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه بالبيع ولم يفسد بمال ليس كذلك لشبهه بالعقود والنكاح وهما لا يفسدان مطلقاً بالشرط الكائن في صلب العقد ولا في غيره (و) أما (الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلى عن دم العمد) فلا يبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط (لا تبطل باستثناء الحمل) فلو قال وهبتك أو تصدقت عليك بهذه الجارية الا جعلها أو تزوجت على هذه الجارية أو اخلعتي عليها الا جعلها أو اجعلها بديل الصلى الا جعلها صححت هذه التصرفات وبطل الاستثناء ويدخل الحمل والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكن عرف بالنص أنها لا تبطل بالشرط الفاسد لانه صلى الله عليه وسلم أجاز العري بشرط عود الممر فخصير العري لورثة الموهوب له لا لورثة الممر وأما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل تصح بالاستثناء (حتى يكون الحمل ميراثاً أو الجارية وصية لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها) بأن أوصى بجارية الا خدمتها أو الاغلتها حيث لا يصح الاستثناء (لان الميراث لا يجري في الخدمة) والغلة بانفرادها حتى لو

مما يصح افرادة بالعقد بأن قال أوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب أن يصح استثناءه وأجيب بأن هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلان سلم أن الوصية عقد ألا ترى أنه يصح قبول الموصي له بعدم موت الموصي ويدخل الموصي به في ملك وورثة الموصي له بدون القبول بأن مات الموصي له قبل القبول فلا يتناول له العقد مطلقاً ولقائل أن يقول اعتبرتم الوصية عقداً وعكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صححتم صحة افرادة بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افرادة بالعقد فافرق بينهما والجواب أن ما منعنا العكس وجوباً وانما منعنا لزومه والفرق بينهما أن تصحيج الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لو ارث الموصي فاصح أن يكون مورثاً كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه (قوله والميراث يجري) أقول ان أراد انه يجري فيه تبعاً لانه فلا يفسده وان أراد جريانه بطريق الاستقلال فظاهر انه ليس كذلك فليتم أملي في دفعه



وللتعامل جوزنا الاستصناع قال (والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذالم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وهي مفضية الى المنازعة في البيع لا بتناهما على المما كسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم معلومة بالايام فلا جهالة فيه

في استخار الضم - باع والطز والبن آله فعلهما (وللتعامل جوزنا الاستصناع) مع انه بيع المعدوم ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على ان يجعله البائع فلفسوة بشرط ان يظن لها البائع بطنانة من عنده وهذا نوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط أن به كذا وما تقدم كان المشروط معدوما فيشترط أن يفعل من هذا ذكر هشام عن محمد اشترى شاة على أنهما حمل بفسد البيع وعن الشافعي قولان واحدهما يصح وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال بعض أصحابه القولان في غير الآدمي أما في الجوازي يصح قولان واحد وهو قولنا ذكر هشام عن محمد اشترى جارية على انهما حمل بيجوز البيع الا أن يظهر أن المشتري يريد الظنوة فيفسد ولا يخفى ما فيه بعد فرض أن المشتري علم ذلك بشرطه وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضا به وعن الهندواني شرط الحبل من البائع لا يفسد لأن البائع بذ كره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري بفسد لانه ذ كره على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمسا أو زيتونا أو حنطة على أن فيها كذا ذهنا أو يخرج كذا ذيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ولو شرط في الشاة أنما احلوب أو لبون لم يذ كره محمد واختلف فيه فالكرخي يفسد والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لانه مرغوب فيه والوجه أن لا يجوز وقوع المنازعة في أن معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار أو أكثر من هذا الى غاية كذا ولو كان منفعة الشرط لغیر العاقلين كالبيع على أن يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ وقال محمد كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع اذا شرط على أجني فهو باطل وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به اذا شرط على أجني فهو جائز ويخير المشتري كالبيع بمائة على أن يحط فلان الاجني عشرة جازا للبيع ويخير المشتري ان شاء أخذه بمائة وان شاء ترك وعن أبي يوسف لو اشترى على أن يهب البائع للمشتري أو فلان الاجني دينار من الثمن فالبيع فاسد وفي المتن خلافه فيما اذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على أن يهب له دينار من الثمن جاز وهو حسن لأن حاصل هذا حطة مشروطة وما آله الى الشراء بالثمن الانقص ولو باع رقبة الطريق على أن له حق المرو أو السفلى على أن له قرار العلو جاز ولو باع عبدان على أنه شريك المشتري في نصف هذا فاسد ولو قال نصفهما جاز كالو باع هذا الثوب وقال ان شريكك في نصفه ومقتضى النظر أن يجوز الاول أيضا لانه في الحاصل يبيع أحدهما بعينه ونصف الآخر شاة عاصفة ولا مانع من ذلك ولو باع هذا بألف الانصفه بستمائة فقد باع نصفه بأربع مائة (قوله والبيع الى النيروز) وهو يوم في طرف الربيع وأصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضي الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار ينتهجون به والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهر كان وقيل هما عيدان للجوس (وصوم النصارى وفطر اليهود اذالم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وعرف بهذا التعليق أن المراد بالموجل هنا هو الثمن لا المبيع لان مجرد تأجيل المبيع مفسد ولو كان الى أجل معلوم فلا يناسب تعليقه فسادا تأجيل المبيع بجهالة الاجل وبقوله (اذالم يعرف الى آخره) أن الفساد بالتأجيل الى هذه بناء على عدم معرفة خصوص أوقاتها عند المسلمين فلو كانا يعلمان ذلك صح قبل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في أن ابتداء صومهم غير معلوم والحاصل أن المفسد لجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز ولذا قال (أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام وهي معلومة) وهي خمسة وخمسون يوما واعلم أن كون التأجيل في

لكن جوزنا للتعامل جواز الاستصناع (والبيع الى النيروز) معرب نوروز أول يوم من الربيع (والمهرجان) معرب مهر كان يوم في طرف الخريف (وصوم النصارى وفطر اليهود) ومعناه تأجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذالم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان (لجهالة الاجل) المفضية الى النزاع لا بتناء المبيعة على المما كسة أى المجادلة في النقصان والمما كسة موجودة في المبيعة الى هذا الاجل فتكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع (وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز) لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسة وخمسون يوما فلا جهالة

قال (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج الخ) الحصاد يفتح الحما وكسرها قطع الزروع (٣٣٣) والدياس أن يوطأ المحصول بقوائم الدواب

من الدوس وهو شدة وطه  
الشيء بالقدم والقطاف  
بكسر القاف قطع العنب  
من الكرم والفتح فيه لغة  
والجزاز قطع الصوف والنخل  
والزروع والشعر والبيع  
الى وقت قدوم الحاج والى  
هذه الاوقات غير جائز للجهالة  
المفضية الى النزاع بتقدم  
هذه الاوقات وتأخرها  
والكفالة الى هذه الاوقات  
جائزة (لان الجهالة اليسيرة  
متحملة في الكفالة ألا ترى  
انها تحتل الجهالة في أصل  
الدين بأن يكفل بمأذاب على  
فلان في وصفه أولى) ليكون  
الاصل أقوى من الوصف  
(وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف  
العناية رضى الله عنهم فيها)  
فعائشة رضى الله عنها  
كانت تحب البيع الى العطاء  
وان احتمل التقدم والتأخر  
لكونها يسيرة وابن عباس  
رضي الله عنهم مانعه ونحن  
أخذنا بقوله وهذا قد  
يشير الى أن الجهالة اليسيرة  
ما كانت في التقدم والتأخر  
والفاحشة ما كانت في  
الوجود كهبوب الريح مثلا  
والبيع لما لم يكن محتسما  
للجهالة في أصل الثمن لم يكن  
محتسما لها في وصفه ورد  
بأنه لا يلزم من عدم تحمل  
أصل الثمن عدم تحمل  
وصفه لان الأصل أقوى  
انه يوجد بدون الوصف

قال (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر  
ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة  
لاختلاف العناية رضى الله تعالى عنهم فيها ولانه معلوم الاصل ألا ترى انها تحتل الجهالة في أصل الدين  
بأن تكفل بمأذاب على فلان في الوصف أولى بخلاف البيع فانه لا يحتلها في أصل الثمن فكذا في وصفه  
الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو في الثمن الدين أمالو كان غنا عينا فيفسد البيع بالاجل فيه للمعنى  
الذي ذكرناه مسدا لتأجيل البيع عند قوله ومن باع عينا على أن لا يسلمه الى رأس الشهر وقوله  
(لا يتناهم اعلى الماكسة) الماكسة استقصا الثمن والمكس والمكاس في معناه وهو موجود في البيع  
عاده وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجبها في الجلة وعند جهالة وقت  
القبض يحصل أخرى على وجه يضرب بالدين والنفس فلا يشرع العقد مع ذلك وحققة هذا يصلح تعليلا  
لقولنا لا يحمل البيع هذه الجهالة اليسيرة بخلاف الكفالة (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد)  
بفتح الحما وكسرها (و) مثله (القطاف) وهو العنب (والدياس) وهو دوس الحب بالقدم  
ليفسرها وأصله الدواس بالواو لانه من الدوس قلبت ياء الكسرة قبلها (والجزاز) أى جز صوف الغنم  
(لانها تتقدم وتتاخر) وذ كر شمس الاثنية أن المراد به جزاز النخل (ولو كفل الى هذه الاوقات جاز  
لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة اليسيرة مستدركة) أى قرب تداركها وازالة  
جهالتها وتحليل الدليل هكذا هذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة متحملة في الكفالة لانها عقد تبرع مبني  
على المسامحة فهذه متحملة فيها وعلى هذا قال السؤل الموردين قبل شمس الاثنية وهو كون الجهالة اليسيرة  
متحملة في موضع لا يدل على أن يكون التأجيل الى هذه الاوقات المجهولة متحملا ألا ترى أن الصداق  
يحمل الجهالة حيث يحمل جهالة وصفه ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الآجال سؤل أجنبي عن هذا  
الحمل ثم أجاب بأن الاصح صحة هذه الآجال في الصداق خلافا لقول البعض انها لا يصح تأجيل  
الصداق اليها وانما يريد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة في الصداق بجهالة الوصف فيورد عليه  
النقض بعدم تحمله جهالة هذه الآجال ويحجب بما ذكر وقوله (لاختلاف العناية) أخرجه  
مخرج الاستدلال على انها جهالة يسيرة فان من العناية من أجازها كعائشة رضى الله عنها أجازت البيع  
الى العطاء وابن عباس منعه وبه أخذنا ولو كانت جهالة قوية لم يحتلها في عدم الصحة معها وقد قالوا  
ان العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر فجاز كونه أجلا اذ ذلك الصداق خلفاء الراشدين في بيعه ادهم في  
صرفه وأما الآن فيتأخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التأجيل اليه الآن فان صح هذا فكيف  
يتصور من ابن عباس خلافه والظاهر أنه كان يتقدم ويتأخر قليلا لئلا يكون يوم أو يومين فأهدرته عائشة  
واعتبره ابن عباس ثم قيل اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتأخر والفاحشة هي  
ما يكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح وقوله (ولانه معلوم الاصل) أى ولان الدين معلوم فأعاد  
الضمير عليه لانه لكفالة اذ يستلزم دينا يعنى الاصل وهو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه  
مؤجلا الى كذا الذي قد يتقدم ويتأخر وقوله (ألا ترى الى آخره) ابتداء لتعليل لقوله لانه معلوم الاصل  
وحاصله أنه ثابت كون الجهالة يسيرة باختلاف العناية في مثلها وبأن الدين المكفول به معلوم الاصل  
فلم ينبق جهالة الا في الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع الى أولوية صحة هذه الآجال في الكفالة  
بأن بعض الكفالة تحتل جهالة الاصل كالكفالة بمأذاب على فلان والذوب غير معلوم الوجود  
فلان يتحمل جهالة الوصف فيه أولى (بخلاف البيع فانه لا يحتلها في أصل الثمن فكذا في وصفه)  
فانجبه عليه أن يقال لا يلزم من عدم تحمل أصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه وهو أخف لان الاصل  
أقوى أجيب بأن الاشتراط في العلة يوجب في الحكم وعلة عدم تحملها في الاصل الافضاء الى المنازعة

الخاص دون عكسه وأجيب بأن المانع من تحمل أصل الثمن الجهالة هو افضاؤها الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه

وإذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات صح لكونه تأجيل الدين (وهذه الجهالة محتملة فيه بمنزلة الكفالة) لعدم إبتنائه على المما كسة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد (ولو باع إلى هذه الأجل) أعني النيز وزوال مهر جان إلى آخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا باسقاط الأجل قبل تحقق هذه الأوقات انقلب البيع جائزا خلافاً لفرجه الله وهو يقول انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً كاسقاط الأجل في النكاح يعني على أصلكم وأما على قول زفر فالنكاح إلى أجل جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح وهو استدلال (٢٢٤)

للنازعة والمنازعة إذا تحقق عند حلول الأجل فإذا أسقطه ارتفع المفسد قبل تقريره فيعود جائزاً فإن قيل الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا يفسد سقوطها كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد أحاب بأن هذه الجهالة في شرط زائد وهو الأجل لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه بخلاف ما ذكرنا فإن الفساد فيه في صلب العقد واعترض بأنه إذا نكح بغير شهود ثم أشهد بعد النكاح فإنه لا ينقلب جائزاً وليس الفساد في صلب العقد وإذا باع إلى أن يهب الربح ثم أسقط الأجل لا ينقلب جائزاً وأجيب عن الأول بأن الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كالأول في صلب العقد ألا ترى أن من صلب بغير طهارة ثم طهر لم تنقلب صلاته جائزة وعن الثاني بأن هبوب الربح ليس بأجل لأن الأجل ما يكون منتظراً والهبوب قد يكون متصلاً

بخلاف ما إذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جازلان هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه محتملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع إلى هذه الأجل) ثم تراضيا باسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جازا للبيع أيضاً وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً وصار كاسقاط الأجل في النكاح إلى أجل) ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقريره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح إلى أجل لانه متمعة وهو عقد غير عقد النكاح

وهو موجود في جهالة الوصف ثم أفاد أن ما ذكره من عدم تحمل البيع جهالة هذه الأجل هو إذا ذكرت في أصل العقد أما إذا عقد بلا أجل وهو قوله (بخلاف ما إذا باع مطلقاً) أي عن ذكر الأجل حتى انعقد صحيحاً (ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات) فإنه يجوز فالتأجيل بعد الصحة كالکفالة تحمل الجهالة اليسيرة لانه حينئذ تأجيل دين من الديون بخلافه في صلب العقد فإنه يبطل بالشرط الفاسد وقبول هذه الأجل شرط فاسد (قوله ولو باع إلى هذه الأجل) ثم تراضيا على إسقاط الأجل قبل أن يجي عباً أن أسقطاه (قبل أن يأخذ الناس في الدياس والحصاد وقبل قدوم الحاج جازا للبيع أيضاً) كما جاز إذا عقد بلا أجل ثم ألحق هذه الأجل (وقال زفر لا يجوز) وتقييده بهذه الأجل لاخراج نحو التأجيل به بوجوب الربح ونزول المطرفاته لأجل بها ثم أسقطه لا يعود صحيحاً اتفاقاً وجهه قوله أن العقد فاسد (فلا ينقلب جائزاً كاسقاط الأجل في النكاح إلى أجل) وكالاشهاد عليه بعد عقده بلا شهود لا ينقلب جائزاً وببيع الدرهم بالدرهمين إذا أسقط الدرهم لا يعود صحيحاً (ولنا) أن هذه الجهالة مانع من لزوم العقد واديس في صلب العقد بل في اعتبار أمر خارج هو الأجل وصلب العقد البدلان مع وجود المقتضى للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي فإذا زال المانع قبل وجود ما يقتضى سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر عمل المقتضى وهو معنى انقلابه صحيحاً بخلاف ما فاس عليه من الأسماء المتأخر فإن عدم الأشهاد عدم الشرط وبعده وقوع المشروع فاسد لعدم الشرط لا يعود ذلك بعينه صحيحاً مثلاً إذا صلى بلا وضوء ثم نوى ألا يصلي تلك الصلاة صحيحاً وانما نظير ما نحن فيه أن يتوضأ قبل عدم المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلاة وأما النكاح إلى أجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر لا وجود له في الشرع بعد نسخ المنفعة وعقد من العقود لا ينقلب عقداً آخر فلا يصح إسقاط الدرهم (لان الفساد في صلب العقد) والذي يحتاج به هذا إلى الجواب ما إذا أسقط الرطل النحر فيما إذا باع بألف ورطل خرنص محمد علي جواز البيع وانقلابه صحيحاً في آخر الصرّف اللهم إلا أن يقال هو تباع للآلاف الثمن في بيع المسلم بخلاف ما إذا باع بالنحر فإنه حينئذ يتعين كون النحر هو الثمن ويفسد إذا لامست تباع هناك هذا والحاق زفر بالنكاح إلى أجل بطريق الإلزام

بكلأمة (قوله وبخلاف النكاح) جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره أنّا قد قلنا أن العقد الفاسد قد ينقلب فإنه جائزاً قبل تقريره للمفسد ولم نقل أن عقدًا ينقلب عقداً آخرًا والنكاح إلى أجل متمعة وهي عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحاً

قال المصنف (وقبل قدوم الحاج جازا للبيع أيضاً) أقول لفظ أيضاً من كلام صاحب الهداية قال المصنف (ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقريره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه) أقول يعني على أصلكم أما عند زفر فالنكاح إلى أجل جائز والشرط باطل كما مر في النكاح

(قوله في الكتاب) أي القدروري ثم تراضي آخرج وفا قالان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكبة وميتة الخ) اذا جمع في البيع بين حر وعبد أو شاة ذكبة وميتة بطل البيع فيهما مطلقا أعني سواء فصل الثمن أو لم يفصل عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد ان سمي لكل واحد منهما ما يحتاج في العبد والشاة الذكبة (وان جمع بين عبد ومدر أو بين عبد وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا لفرقة حقه الله فيهما) أي في العبد والمدر أو في الجمع بينهما (ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدر) فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدر فيجب جواز بيعه مع المذكي كبيع القن مع المدر أجيب بأنه ليس بمجتهد فيه بل خطأ بين مخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى ولانا كأعمالنا يد كراسم الله عليه حتى ان القاضي اذا قضى (٢٣٥) بحقه لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة

من جمع بين الحر والعبد في البيع (لنظر الاعتبار بالفصل الاول يعني بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحلية في حق الجمع ولا ييوسف ومحمد اذا سمي لكل ثمن أن الفساد بقدر الفساد اذا الحكم ثبت بقدر دليله والفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو شخص به دون القن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية وأخته في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم عن كل واحد لان عن العبد مجهول ولا يي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين فصل الحر والمدر مع القن ان الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بمحل والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر واذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد

وقوله في الكتاب ثم تراضي آخرج وفا قالان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكبة وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله ان سمي لكل واحد منهما ما يحتاج في العبد والشاة الذكبة (وان جمع بين عبد ومدر أو بين عبد وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدر الاعتبار بالفصل الاول اذ محلبة البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر الفساد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم عن كل واحد منهما لانه مجهول ولا يي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بمحل والبيع صفقة واحدة

فانه يجزى النكاح الموقت ثم قول المصنف رحمه الله (وقوله في الكتاب تراضي) أي قول القدروري في مختصره (قوله ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكبة وميتة بطل البيع فيهما) سواء فصل عن كل واحد أو لم يفصل (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله ان سمي لكل واحد منهما ما يحتاج في العبد) بما سمي له وكذا في الذكبة واذا لم يسم بطل بالاجماع وبقول أبي حنيفة قال مالك وعن الشافعي وأحمد كل من القولين وعلى الخلاف ما اذا باع ديني خلا فاذا أحدهما آخر (ولو جمع بين عبد ومدر أو بين عبده وعبد غيره) ولم يفصل الثمن (صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدر) وأجمعوا أنه لو باع عبد دين فاستحق أحدهما لا يبطل البيع في الآخر (لنظر الاعتبار بالفصل الاول) وهو ما اذا جمع بين عبده وحر ولم يفصل عن كل بجامع أنه باع ما لا يصح بيعه مع ما يصح مجموعا صفقة وهو يوجب انتفاء محلبة البيع بالاضافة الى المجموع اذ يصدق أن الكل من حيث هو كل ليس بمحل (ولهما) في الاول (أن الفساد لا يتعدى) محل الفساد وبعد تفصيل الثمن يقتصر الفساد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى الى غيره لانه حينئذ لا موجب لأن كلامهم ما قد انفصل عن الآخر بتفصيل الثمن الا يرى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر لو كان كل منهما عبدا وصار كل واحد من أخته واجنبية في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم عن كل منهما لأن الفساد حينئذ في القن لجهالة ثمنه (ولا يي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين) أعني الجمع بين الحر والعبد والجمع بين الاجنبية وأخته والمدر والعبد (أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا والبيع صفقة واحدة)

(٣٩ - فتح القدير خامس) فيما يصح فيه فكان شرطا فاسدا وفيه نظر أما أولا فلانه اذا بين عن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد وأما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للعقد وعليه حتى يكون في معنى الربا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لاحدهما ولا للعقد وعليه فلا يكون شرطا فاسدا وأما ثالثا فلان قبول العقد في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد اذا صح الايجاب فيهما لانه لا يتضرر البائع بقبول العقد في أحدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدر وأجيب عن الاول بأن الصفقة متحدة في مثله اذا لم يكرر البيع أو الشراء وقد تقدم في أول البيوع وعن الثاني بأن في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما بألف والحر ليس بمحل يقابله بدل فكانت بيع هذا العبد بمائة على أن يسم الى ثمن مائة أخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربا

وعن الثالث بأن الإيجاب إذا صح فيها صح العقد والشرط جميعاً فلا يكون فيما نحن فيه وإذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين ونتم جواب زفر عن النسوية بينهما (قوله بخلاف النكاح) جواب عن قياسهما على النكاح بأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله أما البيع في هؤلاء متصل بقوله لأن الحر لا يدخل تحت العقد وأراد به هؤلاء المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير فانهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فانهم باعتبار (٢٣٦) الرق والتقوم وهما موجودان (قوله ولهذا ينفذ) يجوز أن يكون توضيحاً

لقوله موقوف فإن البيع في عبد الغير موقوف على إجازته وفي المكاتب على رضاه في أصح الروايتين وفي المدبر على قضاء القاضي وكذا إذا قضى القاضي بجواز بيع أم الولد نفذ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله خلافاً لمحمد بناء على أن الإجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الإجماع فلا ينفذ وعنده لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ فقد عرف ذلك في أصول الفقه فإن قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال في أول الباب وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب أنه باطل إذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع المدبر وأم الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك ويجوز أن يكون توضيحاً لقيام المالية فإن الإجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله وإذا نفذ ههنا عرفنا المحلية فيها ولا محل للبيع لإتمام المالية فعرفنا أنهم دخلوا في العقد فكان

فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشرط الفاسد وأما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير بإجازته وفي المكاتب برضاه في الأصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله إلا أن المالك باستحقاقه المبيع هؤلاء باستحقاقهم أنفسهم مردوا للبيع فكان هذا إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبيدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا يباع بالحصصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

بدليل أنه ليس للقبول أن يقبل في أحدهما بعد جعل قبول العقد في كل شرطاً في بيعه إلا أنه قد شرط في قبول العقد قبوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد (بخلاف النكاح فإنه لا يبطل بالشرط الفاسد أما بيع هؤلاء موقوف) على القضاء في المدبر ورضا المكاتب في الأصح خلافاً لما روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف وإجازة ذلك الغير (فقد دخلوا في العقد لقيام المالية) على قول بعض المجتهدين في أم الولد أيضاً دخلت أيضاً على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (الأن المالك) أي مالك العبد المضموم إلى عبد البائع (باستحقاقه المبيع وهو لا باستحقاقهم أنفسهم مردوا البيع) بعد وجوده فيما يقبله وهذا في أم الولد بناء على صحة القضاء ببيعها عنده ما خلافاً لمحمد وهو بناء على أن إجماع التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عنده ما لا يقوى لرفع خلاف الصحابة وعند محمد نعم فلذا صح القضاء ببيعها عندهما نظراً إلى الخلاف وعنده لا نظر إلى الإجماع وارتفاع الخلاف مع أن قول عبيدة لم يرض الله عنه لما قال بدلى رأى أنهن يبعن فقال رأيك في الجماعة أحب إليهم رأيك وحديثك ظاهر في أن أكثر الصحابة كانوا على منع بيعها وأولهم الأعلى وقد ذكرنا كسر الخي رجوع أبي يوسف في مسألة الطوق والخارية إذا باعها بثمن مؤجل كما سيجي في الصرف فاستدلوا به على رجوعه في هذه المسائل إذا الفرق بينهما لا يتضح كذا في المتوسط قيل ينبغي أن يكون الجمع بين متروك التسمية عامداً وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبر على قول أبي حنيفة لضعف الفساد في متروكها لا اجتهاد أجيب بالفرق بأنه لا يحل بالقضاء وبيع المدبر به والاجتهاد فيه غير معتبر بل نفس الاجتهاد خطأ المصادمة ظاهر النص هذا وقد جعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف في تعدد الصفقة والجمادى فقد تقدم أول كتاب البيع أن تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار لفظ البيع وما في الذخيرة أن البائع إذا فصل الثمن وسمى لكل ثمن على حدة وانحدر الباقي كانت الصفقة واحدة هو على قول أبي حنيفة وأورد من قبلهما أن قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفسداً أجيب بغير اشتراط النفع في فساد الشرط أولاً وليس بشيء ثم لو سلم ففيه نفع لأن في قبوله قبول بدله وهو مال متقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خالي عن العوض فيكون ربا وقوله (وكان هذا) يعني رد البيع (إشارة إلى البقاء) يعني دخولهم تحت البيع لأن رد البيع بدون انعقاده لا يصح وإذا خرجوا بعد دخولهم لا يكون فيه بيع بالحصصة ابتداء بل بقاء كما إذا باع عبيدين وهلك أحدهما قبل القبض بنسخ البيع فيه

الواحد أن لا يكون العقد فيهم فاسداً إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهو لا باستحقاقهم أنفسهم مردوا البيع وهذا أي الرد بالاستحقاق لا يكون إلا في البقاء فكان كما إذا اشترى عبيدين وهلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة وهذا أي الجمع بين القن واحد المذكورين لا يكون شرطاً لقبول في غير المبيع ولا يباع بالحصصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم في المبيع ولهذا لا يشترط حالة العقد ببيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه أي فيما إذا جمع بين القن والمدبر

فصل في أحكامه **✽** وإذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء لكونه أثراً ثابتاً به يعقبه ذكر أحكام البيع الفاسد عقبيه والبيع عندنا يقسم باعتبار غير ما مر إلى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي إلى صحيح وباطل لا غير (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) يعني بآذنه (وفي العقد عوضان مالان ملك المبيع ولزمته القيمة) ذكر القبض لترتيب الأحكام عليه وذكر البيع الفاسد لأن الباطل لا يفيد شيئاً وإن اتصل به القبض وأمر البائع يعني به الأذن في القبض أعم من كونه صريحاً أو دلالة والمعنى بدلالة الأذن هو أن يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع فإن لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فإنه يفيد مطلقاً وقد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سند كرها وقوله ملك المبيع هو قول عامة (٢٣٧) المشايخ سوى أهل العراق فإنهم يقولون

المبيع في البيع الفاسد مملوك التصرف لا مملوك العين وقد تقدم الكلام فيه (وقال الشافعي رحمه الله القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لأنه محظور) والمحظور (لأنه لا ينال به نعمة الملك) لأن المناسبة بين الأسباب والمسببات لا بد منها (ولأن النهي نسخ للشرعية للتضاد) بين النهي والشرعية إذا انتهى بقضي القبح والشرعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكماً شرعياً (ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما إذا باع الخمر بالدرهم) أو الدنانير أو بالمئة وقبضها المشتري فإنه لا يفيد الملك وإنما البيع الفاسد مشروع بأصله

فصل في أحكامه **✽** وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك (ولأن النهي نسخ للشرعية للتضاد ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما إذا باع بالمئة أو باع الخمر بالدرهم) ولأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الأهلية والمحلية

وحده وتجب حصة الآخر من الثمن وإذا كان المدبر وماعه محلاً للبيع لم يكن جمعه مع القن يتضمن اشتراط قبول العقد في غير المبيع **✽** فروع **✽** في الكافي جمع بين وقف وملك وأطلق صح في الملك في الأصح وقال الخواص يفسد فيه ما ثم يرجع وقال جاز في الملك كافي العبد والمدبر ولو باع كرمافيه مسجد قد تم إن كان عامراً يفسد البيع والألا وكذا في المقبرة ولو اشترى داراً فيه طريق للامة لا يفسد البيع والطريق عيب ولو اشترى داراً بطريقها ثم استحق الطريق إن شاء أمسكها بخصتها وإن شاء ردها إن كان الطريق محتلطاً بها وإن كان متميزاً لزمه الدار بخصتها ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود وفي المنتقى إذا لم يكن الطريق محدوداً فسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان مسجد جامع فسد في الكل وكذا لو كان مهدوماً أو أرضاً ساحة لا بناء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع كذا في المحتج والظاهر أن هذا متفرع على قول أبي يوسف في المسجد إلا أن كان من ريعه معلوم يعاديه ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد إذا كان البيع

فصل في أحكامه **✽** قال (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) صريحاً أو دلالة كما سأتى (وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) ومعلوم أنه إذا لم يكن فيه خيار شرط لأن ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى أن لزوم القيمة عيناً انما هو بعد هلاك المبيع في يده أو ما مع قيامه في يده فالواجب رده بعينه (وقال الشافعي لا يملكه وإن قبض لأنه) أي البيع الفاسد (محظور فلا ينال به نعمة الملك ولأن النهي نسخ للشرعية للتضاد) بين المشروعية والنهي والمراد أن النهي يتضمن انتفاء المشروعية (ولهذا) أي كونه غير مشروع (لا يفيد الملك قبل القبض) ولو كان مشروعاً ثبت قبله كافي البيع الصحيح (وصار كما إذا باع الخمر بالمئة أو باع الخمر بالدرهم) فإن الاتفاق على أنه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذاك إلا انتفاء مشروعية السبب (ولأن ركن العقد صدر من أهله في محله ولا خفاء في الأهلية ولا في المحلية

فصل في أحكامه **✽** (قوله والبيع عندنا الخ) أقول أي ما يطلق عليه لفظ البيع (قوله غير مامر) أقول في أول البيع

(قوله بخلاف الصريح) أقول هنا نوع مسامحة (قوله وقد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سند كرها) أقول ذكره بعد ورقة تخميناً وهو قوله وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مالاً ليحقق ركن البيع الخ (قوله وقد تقدم الكلام فيه الخ) أقول في أوائل البيع الفاسد قال المصنف (ولأن النهي نسخ للشرعية) أقول جوابه وبالله العون أن أراد بالمشروعية ترتب الثمرات المطلوبة من النهي عنه عليه شرعاً فلا نسلم ذلك ولا نسلم التضاد من النهي والشرعية بهذا المعنى كيف وهو أوّل المسئلة وإن أراد بها المأذونية شرعاً فليس ولا يلزم من انتفاء المأذونية شرعاً انتفاء ترتب الأحكام فليتأمل (قوله أو بالمئة) أقول ظاهره عطف على الدرهم فلا يوافق المتن إذا لم يخص فيه للمئة بجعله ثمناً للخمر بل عام (قوله ولأن البيع الفاسد مشروع بأصله الخ) أقول لعل قوله مشروع مجاز عن مفيد الملك بقرينة آخر كلامه ليوجد التلازم بين كلاميه فليتأمل

لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من أهله اذ الكلام في ان لاخلال في العاقدين مضافا الى محله كذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيد لا يقال قد يكون النهي مانعا عن ذلك لان النهي يقرر المشروعية عندنا لا اقتضائه التصور ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره فشاب وبين أن يأتي به فيعاقب عليه فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي فعملناه في وصفه مجاورا كما في البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد قررنا هذا في التقرير على وجه أتم واعتراض بان (٣٣٨) المحذور في البيع وقت النداء مجاور وأما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به

وصفا فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحا وأيضا لحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد وأجيب بأن غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان ان المحذور ليس بمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم والمجاور جعلا والمتصل وصفا سيما في ذلك وبان غرضه ان يحكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان طالع التقرير تطلع على ذلك

قال المصنف (وركنه مبادلة المال بالمال) أقول يعني حقيقته والافركنه الايجاب والقبول أو مادل على ذلك قال المصنف (وفيه الكلام) أقول أي الكلام مفروض فيما اذا كان في العقد عوضان هما مالان قال المصنف (والنهي) أقول معارضة للدليل الثاني قال المصنف (يقرر المشروعية) أقول بمعنى ترتب الاحكام المطلوبة منه عليه شرعا لا بمعنى

وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام) أي الكلام مفروض فيما اذا كان في العقد عوضان هما مالان قوله (نعم) الملك لا تنال بالمحذور قلنا ممنوع بل ما وضعه الشرع سببا لحكم اذ انهي عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع انه أثبت حكمه وأتمه أصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ونهي عنه بوضع خاص وهو ما اذا كانت المرأة حائضا ثم رأينا ان ثبت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر ابن عمر بالراجعة رفعا للعصية بالقدر الممكن وأتم المطلق فصار هذا أصلا في كل سبب شرعي نهى عن مباشرته على الوجه الفلاني اذا اوشر معه بثبت حكمه وبعضه به وقوله النهي نسخ للمشروعية يعني يفيد انتفاءها مع الوصف فنقول ما تريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور أو كونه لا يفيد حكمه ان أردت الاول سلمناه ومنعنا انه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضى للنهي كما أريناك من الشرع وان أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حيث صادرة حيث جعلت محل النزاع جزأ الدليل لا يقال فلا فائدة للنهي حينئذ لان فائدته التحريم والتأنيب وهو موضع النهي فانه للتحريم أو لكراهة التحريم اذا كان ظني الثبوت وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بأن لم يكن مالا بأن عقد على انحر أو الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما متميزا فسمينا ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيد فاسدا أخذنا من مناسبة لغوية تقدمت أول باب البيع الفاسد ولا خفاء في حسن هذا التقرير ان شاء الله تعالى وكفانيته وأما قول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ (النهي يقرر المشروعية لا اقتضائه التصور) يريدون ان النهي عن الامر الشرعي يقرر مشروعيته لأن النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه والالم يكن للنهي فائدة فليس بذلك لان كونه يقتضي تصور المنهي عنه بمعنى امكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد فانه اذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع وان أرادوا تصور مشروعيته أي ما دون فانيه شرعا ممنوع وان قالوا يريد تصور مشروعيته بأصله لا مع هذا الوصف الذي هو مثير للنهي قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع مع الوصف وهو أصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام أصلا اذ سلم انه مشروع بأصله أعني ما لم يقرب بالوصف وهو مفقود فلا يجدى شيئا وحيثئذ فقوله (فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك) يقال عليه ماتر يد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق بالنهي أو ما فيه ان قلت الذي ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا ينال به نعمة الملك فيحتاج لما قرره من منع ان السبب اذا كان مع النهي لا يفيد الملك الى آخر ما ذكرنا وأما قوله (وانما المحذور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء) فالمراد ان يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع

المأذونة شرعا قال المصنف (لاقتضائه التصور الخ) أقول يعني تصور موجود شرعا تصور مطابقا للواقع فاذا كان موجودا شرعا يرتب عليه الآثار والاحكام المطلوبة اذ هو معنى الوجود الخارجي على ما بين في موضعه قال المصنف (فنفس البيع) أقول مع قطع النظر عن وصفه قال المصنف (مشروع) أقول أي مأذون فيه فقوله فنفس البيع مناقضة وإشارة الى الجواب عن دليل الشافعي والفناء ليست للتفريع بل عاطفة للتعقيب الذكري (قوله قد يكون النهي مانعا عن ذلك) أقول أي عن المشروعية (قوله لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي) أقول قوله مقتضى النهي حال

(قوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي الى تقرير الفساد) جواب عن قوله ولهذا لا يفسد قبل القبض وتقر بذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لانهم من مواجب العقد فيستقر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره واذا كان واجب الرفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضا فلا أن يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة أحد المتعاقدين أولى لكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم والتسلم ثم الرفع بالاسترداد وعورض بأنه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالمبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط وبأنه لو أقاد بعد القبض كان تقرير الفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والالزام أن يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره وهو محال وخيار الشرط انما يستوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه مععلق بسقوط اختياره معني لانه يقول على ابي بالخيار والعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم أن يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط أهدر الغير أعنى القبض وعن الثاني ان تقرير الفساد بعد (٢٣٩) القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض

يوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتماع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمان لا معتبر بها (قوله ولان السبب دليل آخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد قد ضعف مكان اقترانه بالقيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم لان القبض شبهها بالاجاب فصار كأنه اجاب البيع الفاسد اذاد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الى ما يعضده العقد من القبض (قوله والمينة ليست بمال) جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على

وانما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى ولان السبب قد ضعف مكان اقترانه بالقيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والمينة ليست بمال فاعدم الركن ولو كان الخمر متمنا فقد خربناه وشئ آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح غنالا ممتنا

وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون الشيء لعين المني عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا فالنهي للجوار يفيد الكراهة لا الحظر والنهي للوصف اللازم كالحقن فيه يفيد الحظر هذا الا اني أقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخنزير ليسا بمال في شرعنا فان الشارع أهاهنما بكل وجه حتى لعن حاملها ومعتصمهما مع انهما مقصودة حال الاعتصار بل الموجود حينئذ نية ان يصير خرا او ياتعها وأكل عنها وهي مال في شرع أهل الكتاب على زعمهم وحيث أمرنا ان نتركهم وما يدينون فقد أمرنا باعتبار بيعهم اياها وبيعهم بها فاذا كان أحد العوضين خرا أو خنزيرا في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البدل الآخر وان كان ثمننا وان كان في بيعهم فحجيم والله أعلم وقوله (وانما لا يثبت الملك قبل القبض الى آخره) جواب عن مقدروه انه اذا كان هذا البيع يفيد حكمه فواجه تراخيه عنه الى وقت القبض فأجاب وحاصل الوجه فيه اننا قد أريناك انه بسبب محذور وان ما هو بسبب محذور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وان ترتب حكمه كما أمرنا براجعة الخائض فوجب ذلك في البيع وحيث أمرنا باعدامه بعد فعله صار فيه ضعف ورأينا حكم السبب قد بناه عنده في الشرع بسبب من الاسباب فأخبرناه الى القبض فانه بهتأ كد العقد فيوجب حينئذ حكمه كالهبة لما ضعف السبب فلم يثبت الملك فيها الا بالقبض وقوله (كي لا يؤدي الى تقرير الفساد) أي الى زيادة تقريره فان المبادرة اليه تزيد وجوده مع انه واجب الرفع فلا يفعل ذلك وقوله (وان كان الخمر متمنا فقد خربناه) يريد ما قدمه من بطلان البيع اذا كانت مبيعا لان في جعلها المقصود بالعقد اعزازها وقوله (وشيء آخر) أي وجه

البيع بالمينة وتقريره ان المينة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لقوات ركنه ولو كان الخمر متمنا وهو ما اذا اشترى الخمر بالدرهم فقد خربناه يعني في أوائل البيع الفاسد وأراد به ما قاله وأما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر متمنا بطلان البيع في المتنازع فيه وفي شئ آخر أي دليل آخر سوى ما ذكرناه من انه محذور والعقد الواقع على الخمر بوجوب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسليمها فلو قلنا بان عقد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة متمنا لان كل عين يقابلها الدرهم أو الدنانير في البيع هو ممتن لتعين الدرهم والدنانير للتمتية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات

(قوله لانهم من مواجب العقد) أقول الظاهر أن يقول من مواجب الملك الا أنه أراد بالعقد الملك الثابت به مجازا كما في رعيها غنما (قوله والجواب عن الاول أنه ممنوع الخ) أقول لا يرد عدم ثبوت الملك بالقبض في البيع الباطل لكونه كالا على السند (قوله لان الشرط أهدر الغير) أقول وللخصم أن يقول ان الفساد أهدر الغير أيضا (قوله فان القبض يوجب الضمان) أقول ان أراد بعد الهلاك فسلم وليس الكلام فيه وان أراد حين قيام المبيع أو أعم فممنوع بل الواجب رد عينه فلا يلزم اجتماع البدلين في ملك شخص ولو صح ما ذكره ملكا المعصوب بالقبض لخريان ما ذكره فيه فليست مل فان جواب النقص يظهر عما سبق في باب خيار الشرط من قوله حكم المعاوضة والمقام بعد محل كلام

فالقول به تغيير الشرع حكما بطلانه (قوله ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع) إشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه بمجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينه فانه يصح استحسانا (قوله وهو الصحيح) احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماه الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كالم يقبض وهذه الرواية هي المشهورة وجه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينه كان بحكم التسليط السابق فيكتفي به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح (٣٣٠) يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بأن العقد اذا وقع فاسدا لم

يتضمن تسليطاً على القبض لان التسليط لو ثبت انما ثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت مقتضى وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا مادام في المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز أن يكون تسليطا بمقتضاه وانما يتوقف على المجلس لان القبض ركن في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق لحكم فكان القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عن هذا الاشتراط البيع بالمئنة والدم والحر والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الاشياء سواء كانت غنما أو متنا لكن ذكر جهة الاثمان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع أولى بالبطلان

ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا أنه يكتفي به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع وهو مبادلة المال فيخرج عليه البيع بالمئنة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن

آخر لبطلان العقد اذا كانت مبيعة وهو ان الواجب حينئذ تسليم قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسليمها والقيمة لا تكون الادراهم أو دنائير فتصير القيمة مبيعة لقيامها مقام مبيع وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من ان المقابل للسلع من النقود غن لا يقال لا مانع من ذلك فان الدراهم والدنانير اذا قبلت بثمنها صار كل منهما مبيعا وغنما والخمر قد قبلت بالدراهم فاذا تزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابل يدراهم لان نقول الثابت هنا كون كل مبيعا وغنما وهما يلزم مبيعا ليس غير وقد يقال لما كان الواجب بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها آ الى الصرف فتكون القيمة مبيعا وغنما كالقيمة التي يدفعها المشتري (ثم شرط) في الملك (أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر) من المذهب (الا أنه يكتفي بالاذن دلالة كما اذا) اجتره (قبضه في مجلس العقد) ولم ينه البائع (استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينه كان بحكم التسليط السابق) أما اذا كان أمره بالقبض فانه يملكه ولو كان القبض مع غيبة البائع ولو قيل لا تسلم أن هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه وهذا هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة فالجواب ان ضعفه انما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرد لا منع قبضه مطلقا وصار كالهبة في ضعف السبب مع أن القبض فيها (في مجلس العقد يصح استحسانا) وأثر الضعف يكتفي فيه كون التسليط الذي يثبت مقيدا بالمجلس حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرته ولم ينه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا وعن الهنداوي انه قال يجب أن يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان أدى الثمن بما يملكه البائع بالقبض أخذ من اطلاق سياقي وأما ما ذكر في المأذون من اشتراط اذن البائع في صحة القبض بعد الافتراق فتأويله اذا لم ينقد الثمن أو كان الثمن خراما لا حتى لا يملك بالقبض فاما اذا ملك به فلا يحتاج الى الاذن ويكون قبض الثمن منه اذا منعه بالقبض وفي المجتبى في التخلية اختلاف الروايات والاصح أنها ليست بقبض وفي الخلاصة التخلية كالقبض في البيع الفاسد في بيع الجامع الكبير وفي المحيط باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله وفي جمع التفاريق لو كان ودیعة عنده وهي حاضرة ملكها وقوله (فيخرج عليه) أي على اشتراط المال في البيع الفاسد عدم (البيع) وبطلانه (بالمئنة والدم والحر والبيع بالريح والبيع مع نفي الثمن) كلها باطلة لعدم

المال

(قوله باذن البائع) إشارة الى صحة الاذن أقول في حصول الإشارة عما ذكره مخافا ولعل مراده

هذا القول الخ (قوله كما اذا قبضه) أقول ينبغي أن تكون الكافي زائدة على ما يدل عليه تفسيره الاذن دلالة في أول الفصل (قوله والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت مقتضى) أقول في التفريع كلام فان للبيع الفاسد وجودا شرعيا ولا يكتفي بذلك في ثبوت مقتضى ثم أقول له يجب اعدامه فلم يثبت مقتضى يعني يجب اعدامه شرعا فلم يثبت مقتضى شرعا قال المصنف (ليحقق ركن البيع) أقول يعني ليظهر تحققه فان الفاسد قد يستعمل في معنى العام للبطل أيضا

وقوله أي قول القدر ورئوسه قيمته معناه إذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعديدات المتفاوتة فأما في ذوات الامثال كالكليات والموزونات والعديدات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخته رفعه الفساد الخ) لكل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسح البيع رفعه الفساد سواء كان قبل القبض (٢٣١) أو بعده أما اذا كان قبل القبض

فما تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعا من ان يفيد الحكم وأما اذا كان بعده فلا يخلو إما أن يكون الفساد في صلب العقد أي لمعنى في أحد البديلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمسة وألشرط فاسد زائد كاشتراط ما ينفع به أحد المتعاقدين والبيع الى السرور والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخته بخضرة صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لقوة الفساد وعند أبي يوسف بخضرة وغيبته وأن كان الثاني فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض وأما اذا كان بعده فلذلك له الشرط أن يفسخته بخضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص وأما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل بطلب في شرح الطحاوي قبل المذكور في الكتاب قول محمد ووجهه ما ذكره أن العقد قوى فكان الواجب أن لا يكون لاحد المتعاقدين حتى الفسخ

وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخته) رفعه الفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد فلن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط

المال في العوض وقيد بنفي الثمن لانهما لو سكتا عن الثمن فلم يذكرا بنفي ولا اثبات ان العقد فاسد او يثبت المالك بالقبض موجب القيمة لان مطلق البيع يقتضي المعاوضة فاذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكأنة باعه بكميته فيفسد البيع وقوله (لزمته قيمته) يعني يوم القبض ولو زادت قيمته في يده فأنفاه لانه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالفصل وقال محمد عليه قيمته يوم أنفاه لانه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته حينئذ كذا في الكافي وهذا (في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل) ومنها العديدات المتقاربة (لانه مضمون بنفسه) أي بالقيمة واحترزه عن البيع الصحيح هذا والقول في القيمة والمثل قول المشتري لانه الضامن فالقول له في القدر والقيمة فيه ينسب البائع (قوله ولكل واحد من المتعاقدين فسخته رفعه الفساد) أي للمعصية فرفعوه حتى الله تعالى فان نفس العقد مكر وهوالجسري على موجب بالتصرف في المبيع عليك أو انتفاع بطوء أو ليس أو كل كذلك أي يكره لمسا فيه من تقرير المعصية وهي كراهة التحريم والوجه أن يكون حراما لان الاجماع على منعه شرعا قطعي بوجوب الحرمة وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية أن الواجب أن يقال وعلى كل واحد فسخته غير انه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوق تعديله أخص من دعواه وحاصل المنقول في المسئلة انه اذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن أو المثل كبيع درهم بدرهمين أو ثوب بخمسة فلكل من يفسخته بخضرة الآخر عندهما لانه وان كان حق الشرع ففيه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعبه وعند أبي يوسف بغير خضرة أيضا ولم يحل المصنف هذا الخلاف (وان كان الفساد بشرط زائد) كالبيع على أن يقرضه ونحوه أو الى أجل مجهول فلكل واحد فسخته قبل القبض وأما بعد القبض فيستقل (من له) منفعة (الشرط) والاجل بالفسخ كالبائع في صورة الاقراض والمشتري في الاجل بخضرة الآخر (دون من عليه) عند محمد رحمه الله تعالى لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخته لانه يقدر أن يسقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخته فقد أبطل حقه لقدرته على تصحيح العقد وعندهما كل منهما حتى الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى الزوم عن العقد والعقد اذا كان غير لازم تمكن كل من فسخته كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص أما اذا زاد المشتري في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الاصل أولا أو منفصلة كذلك أو انتقص بأفقه مما يوجب أو بفعل الغير بائعا أو مشتريا أو أجنيا فسد ذكره وقوله (الا أنه) الى آخره جواب سؤال يريد على قوله لقوة العقد وهو أنه لما كان

لكن الرضا لم يتحقق في حق من له الشرط فله أن يفسخته وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى الزوم عن العقد وفي العقد الغير اللازم تمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخته

(قوله فان كان الاول كان الخ) أقول كان الظاهر أن يقول فان كان الاول فذلك لقوة الفساد الا انه عدل عنه الى ما يرى لبعد المسافة عن قوله أما اذا كان بعده وليتعلق به قوله بخضرة صاحبه فليست بر (قوله فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض الخ) أقول لا يخفى عليك ان الكلام فيما بعد القبض وحكم ما قبل القبض مرجع دليبه في تقريره كما تظاهرة

كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نذبيعه لانه ملكه بالقبض وكل من ملك بالقبض شيئا  
ملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقص كالاتفاق والتدبير أو يحتمله كالبيع والهبة ورد بأن المبيع لو كان ما كولا لم يحل  
أكله ولو كانت جارية لم يحل وطؤها ذكرا في شرح الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقا وأجيب بالنوع فان محمدا نصر في كتاب الاستحسان  
على حل تناوله قال لأن البائع سلطه على ذلك وذكر شمس الأئمة الخواص في بكره الوطء ولا يحرم فالنذ كور في شرح الطحاوي يحمل على عدم  
الطيب ولئن سلم فالوطء مما لا يستباح بصريح التسليط فبدل لانه أولى وجواز التصرف باعتبار أصل الملك وهو يتفق عن صفة الحل وإذا  
كان البيع نافذا سقط حق ارتداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع وإذا اجتمع  
حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لأن التصرف ان كان اجارة أو تزويجا لم يسقط حق استرداده  
وكذا اذا مات المشتري وورث وارثه المشتري وان تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك تحكما وأجيب عن الاول بأن الاجارة عقد ضعيف  
يفسخ بالاغذار وفساد الشراء عند زني فسخها كما يأتي ولم يذكر محمد من يفسخها وذكر في النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج يشبهه  
الاجارة لو ورد على المنفعة والبيع (٢٣٣) يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على

الرقبة والنكاح على حاله  
قائم وعن الثاني بأن ملك  
الوارث في حكم عين ما كان  
للمورث ولهذا يرد بالعيب  
ويرد عليه وذلك الملك كان  
مستحق النقض فانتقل الى  
الوارث كذلك حق لومات  
البائع كان لوارثه أن يسترد  
المبيع من المشتري بحكم  
الفساد وهذا بخلاف ما اذا  
أوصى المشتري بالمشتري  
لشخص ثم مات حيث لم يبق  
للبائع حق الاسترداد من  
الموصى له لان الموصى له بمنزلة  
المشتري الثاني في ثبوت  
ملك متجدد له سبب اختياري  
ليس في حكم عين ما كان  
للموصى ولهذا لا يرد بالعيب

قال (فان باع المشتري نذبيعه) لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد  
بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع بأصله دون ووصفه  
والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع  
قوي ينبغي ان لا يكون لاحد ولاية الفسخ وان كان له منفعة الشرط فأجاب بأن القياس ذلك لأنه لما لم  
تتحقق المراضاة في حقه كان له الفسخ (قوله فان باعه) أي باع المشتري ما اشتراه فاسدا بيبعا  
صحيحا (نذبيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق) البائع الاول في (الاسترداد لتعلق حق  
العبد) العقد (الثاني ونقض الاول) ما كان الا (لحق الشرع وحق العبد) عنده معارضة حق الله تعالى  
(يقدم) باذن الله اغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه وجوده ووفر العبد وضيقة ولا ينقض بالصيد اذا أحرمت  
ماله وهو في يده حيث يقدم حق الشرع على العبد لا ناقول الواجب عليه اطلاقه لا اخراجه عن ملكه  
فيطلقه بحيث لا يضيع عليه وهذا جمع بين الحقيقين ولا ينقض باسترداد وارث البائع اذا مات البائع من  
المشتري مع انه تعالى به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري  
وكان مشغولا بحق البائع في الرد فينتقل اليه كذلك أما الموصى له بالمبيع فكم للمشتري الثاني فليس لورثة  
البائع استرداده منه لان له ملكا متجددا بسبب اختياري لا يتصرف من المشتري ولو قبل المشتري الثاني  
أيضا انما ينتقل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لأن ذلك كان فيه للبائع الاول وليس في قدرته أن يبطل  
حقه فلا يصل ما باعه الى المشتري المشغول بذلك احتاج الى الجواب (و) أيضا (الاول مشروع  
بأصله لا وصفه والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه) لزيادة قوته (ولانه) أي البيع الثاني  
(حصل بتسليط من جهة البائع) أي البائع الاول لان التملك منه مع الاذن في القبض تسليط على

فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يد حلال صيد ثم أحرمت فانه يجب

عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع أجيب بأن الواجب فيه الجمع بين الحقيقين لا مكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح  
فانه اغنا صار اليه اذا امتنع الجمع (قوله ولان الاول) دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع ووجهه ان البيع الاول مشروع بأصله  
دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثاني مشروع بأصله ووصفه اذا خلل فيه لافي ركنه ولا في عوارضه فلا  
يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح (قوله ولانه حصل بتسليط من جهة البائع) دليل آخر على ذلك ومعناه  
ان البيع الثاني حصل بتسليط البائع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل ونقض باسترداده قبل  
وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته والجواب اننا نسلم التمام فيه فان كلام المتعاقدين ملك الفسخ فإين التمام فاذا باع المشتري  
فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهى مقرر واذا تقر فقد تم ولم يكن ذلك الامنة ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته

(قوله كذا في الذخيرة والايضاح والكافي) أقول وهو ظاهر كلام القدوري أيضا ولا يخفى عليك ما في دليلهما من القوة (قوله وكل من  
ملك بالقبض) أقول ليس في تفسيره بقوله بالقبض كثير فائدة (قوله وجواز التصرف الخ) أقول لعل المراد من جواز التصرف هو  
أن يترتب عليه الاثر كثبوت النسب

(قوله بخلاف تصرف المشتري) جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه به الكسب للشفيع أن ينقضها وتوجيه الجواب ما قال أن كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض أحدهما الآخر بدليل يقتضيه وحاصله أن تعلق حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابلته ما هو من جوح عنده وأما اذا كان ما هو راجع فلا يمنع وحق الشفيع راجع لأنه عند صحة الاخذ تتحول الصفقة اليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فينقض ولأنه ما حصل التسليم من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليم انما يثبت بالاذن أو بإثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد (٣٣٣) من الشفيع شيء من ذلك قال (ومن اشترى عبدًا بخمر أو خنزير

بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليم من الشفيع قال (ومن اشترى عبدًا بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ماهر والكتابة والرهن نظير البيع لانهم مالا زمان الا انه يعود حق الاسترداد بخمر المكاتب وفك الرهن لزوال المانع

التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني والا كان ساعيا في نقض ما تم به ويؤدي الى المناقضة قيل عليه فقدم تمكنه من الاسترداد في بيع نفسه حينئذ أولى والجواب انه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا في نقض ما تم به لان الكائن من جهته تسليط على البيع وتعمامه بأن يفعل المسلط وهذا التسليم نفسه معصية بفعل له رجة عليه أن يتدارك بالتوبة وذلك يكون قبل القوات بفعل المسلط فالزم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبيد فقد فوت على نفسه المكنة بتقصيره وحقيقة الحال أن حق كل من البائع والمشتري ليس الالندارك رفع المعصية بالتوبة ومتى أخر حتى تعلق حق عبيد من المشتري والموهوب له والموصى له فقد فوت له أما الوارث فانه مأمور بتخلاص مته من المعصية ما أمكن فشرع له ذلك الحق لذلك وهذا (بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة) بالبيع والهبة فانه لا يمنع حق الشفيع وله أن ينقض هذه التصرفات يأخذها بالشفعة وان تعلق بها حق الغير لان حق الشفيع وحق البائع حق العبد فيعارضه ويترجح الشفيع لانه أسبق ولانه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كافي البائع وأورد فينبغي أن يكون حق المشتري أحق من حق الشفيع لانه ثان فيكون ناسخا لا يجب بأنه انما ينسخ اذا كان مثله في القوة والسبق من أسباب الترجيح فتترجح الشفعة (قوله ومن اشترى عبدًا بخمر) المراد اشترى عبدا فاسدا بخمر أو غيره (فاعتقه أو باعه أو وهبه) وسلمه (فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته) فيه (و) انما وجبت القيمة لانه (بالاعتاق قد هلك) فوقع الاياس عن الاسترداد (فتعفت القيمة وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ماهر) في المسئلة قبلها من أنه تعلق به حق العبد أعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوت المكنة بتأخير التوبة (والكتابة والرهن) بعد قبضه (نظير البيع) يعني اذا كاتب العبد المبيع بعباقاسدا أو رهنه فهو نظير البيع (لانهم مالا زمان) لحق العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة (الا أنه يعود بخمر المكاتب وفك الرهن) ولا فائدة في تخصيصهما بذلك بل يعود حق الاسترداد في البيع والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات كالرهن والعيب والرجوع

اشترى عبدًا بخمر أو خنزير فقبضه الخ) ومن اشترى عبدًا بخمر أو خنزير فقبضه باذن البائع وأعتقه أو باعه بعباقاسدا أو أعاد لفظ البيع كراهة أن يغير لفظ محمد رحمه الله لو تركه (أو وهبه وسلمه فهو) أي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة) أم أجواز في (لما ذكرنا انه ملكه بالقبض) والملك مطاق التصرف فينفذ وأما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وبالاعتاق قد هلك) فصار كغصب هلك وفيه القيمة (وبالهبة) والتسليم (والبيع انقطع حق الاسترداد على ماهر) أنفام قوله لتعلق حق العبد بالثاني (والكتابة والرهن نظير البيع لانهم مالا زمان) فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكفاية في حق المولى (الا ان حق الاسترداد يعود بخمر المكاتب وفك الرهن لزوال

(٣٠ - فتح القدير خامس) المانع وهو تعلق حق العبد قيل وليس لتخصيصهما في عود الاسترداد فائدة زائدة فانه ثابت في جميع الصور اذا نقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة أو رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولانه الاسترداد لعود قديم ملكه اليه ثم يعود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة وأما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغائب بقيمة المغصوب الا أنقضى ثم عاد

(قوله لانه عند صحة الاخذ الخ) أقول الكلام في صحة الاخذ بعد ما تعلق بالدار حق الغير والاظهر أن يعزل الرجحان بسبق حق الشفيع كما سأتى في كتاب الشفعة (قوله على ماهر أنفام قوله لتعلق حق العبد) أقول والاولى أن يجعل قوله على ماهر إشارة الى الأدلة الثلاثة التي ذكرها المصنف أنفا

(قوله وهذا) أي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة (بخلاف الاجارة) فإن حق الاسترداد فيها لا ينقطع لمذاكرنا  
(انها تفسخ بالا عذر ورفع الفساد) (٣٣٤) من أقوى الاغذار ولا نهان عقد شيئا فليكون الرد امتناعا)

ولعل في الجوابين اشارة الى المذهبين فيها قال (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قال في النهاية أي القيمة التي أخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما أخذ البائع في مقابلة المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة وهذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة أيضا وغيرها (فيصير المبيع محسوبا بالمقبوض) فكان له ولاية أن لا يدفع المبيع الى أن يأخذ الثمن من البائع كافي الرهن لكنه يفارقه من وجه آخر وهو أن الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وها هنا المبيع مضمون بجميع قيمته كافي الغصب (وان مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته) لما تقدم من أن للمشتري حق منع البائع من المبيع الى أن يأخذ ما أذى اليه وكل من يقدم عليه حال حياته يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالرهن فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء فالرهن أحق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين

وهذا بخلاف الاجارة لانهم انفسخ بالا عذر ورفع الفساد عذر امتناعا قال (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) لان المبيع مقابل به فيصير محسوبا كالرهن (وان مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن) لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالرهن في الهبة ولو تغير قضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعود اذا لم يقض بالقيمة على المشتري فان قضى بها عليه ثم عاد الى ملكه ليس للبائع أن يسترده لتحويل حقه من العين الى القيمة كالعبد المصوب اذا أبقى فقضى على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس لما لكه أخذنا لما قلنا وقوله (وهذا بخلاف الاجارة) فانه اذا أجر المشتري شراء فاسدا لا ينقطع به حق الاسترداد (لان الاجارة تفسخ بالا عذر ورفع الفساد عذر ولان الاجارة تنعقد شيئا فليكون) الاسترداد بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث (امتناعا) عن العقد عليها والنكاح كالاجارة لانه عقد على منفعة فاذا زوج المشتري الجارية المشتراة فاسدا كان للبائع أن يستردها لان حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة ولانه لا يفوته ملك المنفعة فان مع الاسترداد النكاح قائم كالزوجها البائع نعم تصير بحيث له منعها وعدم تبوئها معه يتاغير أنه اذا طفر به له وطؤها ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسدا وأخذ المشتري الارض أو ولدت الجارية وأخذ موجب ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب وخاطه أو بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كافي الغصب ولو صبغه فعن محمد رجه الله بخير البائع بين أخذه وإعطاء ما زاد الصبغ فيه وتركه وتضمن قيمته كالغصب والحاصل أن كل تصرف لوفعه له الغاصب انقطع به حق المالك اذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد للبائع وذ كر الكرخي أن الصبغ بالصفرة يمنع الاسترداد وعن محمد أنه كالغصب ولا يمنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترد وارثه من المشتري وزيادة المشتري شراء فاسدا لا تمنع الاسترداد اذا كانت بفعل المشتري كالحياطة والصبغ ونقصانه بفعل المشتري أو بفعله في نفسه أو بأفعاله لا يمنع فيسترد البائع مع أرش النقصان وليس له أن يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وان كان بفعل أجنبي فله أن يأخذ الارض من المشتري وان شاء أخذه من الجاني وفي قتل الاجنبي ليس له تضمين الجاني ولو وطئ المشتري الجارية لا يمنع الرد منه ولا الاسترداد من البائع فلو رد أو استرد لزمه العسر للبائع أما أن تلفها ضمن قيمتها (قوله وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قيل يعنى القيمة التي أخذها من المشتري وليس بالزمل فليكون ذلك أو الثمن الذي تراضى به عليه كيف كان ليس له أخذه حتى يرد ما أخذه (لان المبيع مقابل به فيصير محسوبا كالرهن) وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالعقد الجائر اذا انقضاء فلا مستأجر أن يجلس ما استأجره حتى يأخذ الاجرة التي دفعها للتأجير وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين البدلين (ولومات البائع) يبيع فاسدا أو المؤجر اجارة فاسدة أو الراهن أو المقرض كذلك فالذي في يده المبيع أو الرهن أحق بثمنه من غرماء الميت (لانه مقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته) الا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما أعطى ففاضل فللغرماء بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين أو الوديعة من المال عليه فانه لا يختص المحتال بدين الحوالة أو الوديعة مع أن دين المحيل صار مشغولا بحق المحتال كما في الرهن لان الاختصاص انما يوجب ثبوت الحق مع اليد لا مجرد الحق

ولا

(قوله بل المراد به ما أخذ البائع في مقابلة المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة) أقول فيه بحث

(ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة بأخذها بعينها لانها) فيه (تتعين) بالتعيين على رواية أبي سليمان (وهو الاصح) وعلى رواية أبي حفص لا تتعين والقبض الفاسد وهو بيع دراهم بدرهم الى أجل في تعيين المقبوض للردي على الروايتين وجه رواية أبي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية أبي سليمان ما ذكره المصنف أن الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونه مأموقاً بوضين لا على وجه مشروع وقيل في حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للردي يجب رد عينها اذا كانت قائمة (وان كانت مستهلكة أخذ مثلها ما ينبتا) أنه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك وذكر في الفوائد الظهيرية أن المبيع يساع لحق المشتري فان فضل شيء يصرف الى الغرماء كما في بيع الرهن بالدين قال (ومن باع داراً بيعاً فاسداً فبناها المشتري فعليه قيمته عند أبي حنيفة (٣٣٥) وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الدار) وكذا اذا اشترى أرضاً

وعرس فيه او ذكر في الايضاح أن قول أبي يوسف هذا هو قوله الأول وقوله آخرامع أبي حنيفة (اهم أن حق الشفيع أضعف من حق البائع لأنه يحتاج فيه الى القضاء أو الرضا) ويطلب بالتأخير) ولا يورث بخلاف حق البائع) فإنه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم أن البائع يباع فاسداً اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعاف اذا لم يطل بشيء فلا أقوى لا يطل به وهو بدعي وحق الشفيع لا يطل بالبناء والغرس حق البائع كذلك (ولا ي حنيفة أن البناء والغرس حصل للمشتري بتسليط من جهة البائع) وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالمبيع من المشتري بخلاف الشفيع اذا التسليط لم يوجد منه (ولهذا لو وهبها المشتري لم يطل حق الشفيع وكذا

ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة بأخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لأنه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة أخذ مثلها ما ينبتا قال (ومن باع داراً بيعاً فاسداً فبناها المشتري فعليه قيمتها) عند أبي حنيفة رحمه الله رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية (وقال لا ينقض البناء وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يطل بالبناء فأقواهما أولى وله ان البناء والغرس مما يقصده الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالمبيع بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يطل بهبة المشتري وبيعه فكذا بيناه

ولا يدلل على ذلك (ثم ان كانت دراهم الثمن) التي دفعها (قائمة بأخذها) المشتري (بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح) خلافاً لما ذكر أبو حفص أنه لا تتعين كما في البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف ورواية أبي سليمان تتعين وهو الاصح لكن سيأتي ما يقوى رواية أبي حفص (لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب) والثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب (وان كانت مستهلكة) قال المصنف رحمه الله تعالى (له أخذ مثلها) وكذا ذكر قاضيان وذكر في الفوائد الظهيرية وغر الا سلام وجماعة من شروح الجامع الصغير أنه يباع المبيع لحق المشتري فان فضل شيء عمداً دفعه بصرف الى الغرماء ولا شك أنه غير لازم لان الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه المستلزم وهو الدراهم (قوله) ومن باع داراً بيعاً فاسداً فبناها المشتري) أو غرس فيها أشجاراً (فعليه قيمتها) وانقطع حق البائع في استردادها بالبناء والغرس (وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء) ويقطع الغرس (وتسترد الدار لهما أن حق الشفيع) في الدار التي يستحق فيها الشفعة (أضعف من حق البائع) يباع فاسداً في الاسترداد بدليل أنه (يحتاج) في ثبوت الملاك في الدار (الى القضاء ويطل بالتأخير) بعد العلم ولا يورث وحق هذا البائع في الاسترداد لا يتوقف على قضاء ولا يطل بالتأخير ويثبت لورثته (والاتفاق على أن حق الشفعة الاضعف لا يطل بالبناء) والغرس (فأقواهما) وهو حق البائع (أولى) أن لا يطل به مما ثبتت بدلالة ثبوته (ولا ي حنيفة أن البناء والغرس مما يقصده الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع) به (حق الاسترداد كالمبيع) والهبة (بخلاف حق الشفيع فإنه) وان كان أضعف (لم يوجد) ما يطل به وهو تسليطه على الفعل أعنى البناء فيعمل بمقتضاه وهو النقض والقطع (ولهذا لا يطل بالبيع والهبة) أيضاً بل يأخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لان البيع ليس بتسليط منه وهذه المسئلة من المسائل التي أنكر فيها أبو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور في

لو باعها من آخر فإنه يأخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن أو بالأول بالقيمة وان كان لا شفعة في البيع الفاسد لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه أقوى من حق البائع لوجوده منه وهذا التقرير ينبئك أن قوله مما يقصده الدوام لا مدخل له في الحجة قيل وانما أدخله فيها الإشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصدهما الدوام ولعله ذكره لان يلحقه بالبيع في كونه منهما مقرر لانها لما قصد به الدوام أشبه البيع فكان منها الملاك فينقطع به حق الاسترداد كالمبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لا تقطع حق البائع في الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري واعترض بأنه اذاوجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بالطريق الاولى

(قوله والقبض الفاسد الى قوله على الروايتين) أقول قوله والقرض مبتدأ وقوله على الروايتين خبره

لان فيه اعدام الفاسد واذا توهم ما ذكر فليس يوارد اذا البائع مسلط دون الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفت الاولوية وبطلت الملازمة واعتراض ايضا بانه اذا نقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود مقتضى وهو العقد الناسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسدا بعيما صححنا وورد عليه المبيع بما هو فسخ واجيب بوجود مانع آخر فان المانع من الاسترداد انما ينبغي بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد وهذا لان النقض انما وجب ضرورة بقاء حق الشفيع فصار النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضى على وجه يبطل به المقتضى وهو التسليم الى الشفيع روى وجوب القيمة في هذه المسئلة (٢٣٦) عن أبي حنيفة ويعقوب رجهما الله ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن

وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة رجه الله وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف

الجامع فقول المصنف (وشك يعقوب رجه الله في حفظ الرواية عن أبي حنيفة) بذلك قالوا انه شك في حفظ الرواية عنه لافي مذهبه يعني أن مذهبه معروفاً انه لا ينقض البناء ولكن يجب القيمة على المشتري (فان محمد انص على) هذا (الاختلاف في كتاب الشفعة) فانه قال اذا بائى في الدار المشتراة شراء فاسدا فلا للشفيع الشفعة عند أبي حنيفة رجه الله وعندهما لا لشفعة فهذا دليل على أن الرواية عن أبي حنيفة ثابتة لان حق الشفعة في الدار المباعة ببيع فاسد مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد فلو لا قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب الشفعة فيها غير أن حكاية شمس الأئمة قول أبي يوسف لمحمد مارويت لك عن أبي حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أنه ينقض البناء فقال بل رويت لي أنه يأخذ قيمتها صريح في الإنكار لافي الشك وصريح في أنه ينقل عن أبي حنيفة ما يوافق مذهبه وعدم الخلاف وقول المصنف (فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف) معناه أن حق الشفعة وجودا وعدمه مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وجودا وعدمه فوجوده مبني على عدمه وعدمه مبني على وجوده وعلى هذا ثبتت على الاختلاف بالجر وجماعة من الشارحين قالوا وثبوته بالرفع مبتدأ وعلى الاختلاف خبره وهو عطف على مبني والمعنى ثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت حق الشفعة على الخلاف فعنده ثبتت حق الشفعة فهو قائل بانه ينقطع وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد والا قرب أن الأوجه ثبوته بثبوت انقطاع حق البائع في الاسترداد والمعنى حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت انقطاعه به على الخلاف عندهما لا ينقطع فله القلع والهدم وعنده ينقطع فلا يستردوا اتفقت الروايات ان طلب حق الشفعة في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء وأورد على أبي حنيفة لما وجب نقضهما لحق الشفيع وفيه تقرير للفاسد فأولى أن يجب نقضهما لحق البائع وهو أقوى وفيه اعدام الفساد أجيب بمنع الملازمة فان البائع جان ولا جناية من الشفيع فلا يلزم من النقض لأجل من لا جناية منه النقض لمن جنى فان قيل اذا نقض البناء والغرس لأجل الشفيع ينبغي أن يعود حق البائع في الاسترداد كما اذا فسخ البيع عن العبد أجيب بأن المانع من الاسترداد انما يزول بعدم ملك الشفيع فيثبت حق نقض البناء والغرس حكيم للملك هذا وقولهما أوجه لأن قول أبي حنيفة ان البناء بما يقصده الدواء يمنع للاتفاق في الاجارة على ايجاب القلع فظهر أنه قد راد البقاء وقد لا فان قال المستأجر يعلم أنه يكلف القلع ففعله مع ذلك دليل على أنه لم يرد البقاء قلنا المشتري شراء فاسدا أيضا يكلف

أبي حنيفة لافي مذهبه والدليل على ان مذهبه ذلك تخصيص محمد رجه الله على الاختلاف في كتاب الشفعة أن عند أبي حنيفة للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري شراء فاسدا وبنى فيها أو غرس وعندهما لا لشفعة للشفيع فيه أو حق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء والغرس وثبوته مختلف فيه فن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع ومن قال بانتفائه قال بعدم انقطاع حق البائع لان وجود الملزوم بدون لازمه محال وعلى هذا فن حفظ مذهب أبي حنيفة في ثبوت الشفعة لا يشك في مذهبه في انقطاع حق البائع في الاسترداد فلم يبق الشك الا في روايته عنه لمحمد رجه الله قال شمس الأئمة السرخصى هذه المسئلة هي المسئلة الثالثة التي جرت المحاوره فيها بين أبي يوسف

ومحمد قال أبو يوسف مارويت عن أبي حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أن ينقض البناء وقال محمد بل رويت لي عنه القلع انه يأخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى أن الشك كان في الرواية حيث لم يقل مذهب أبي حنيفة كذا وانما قال مارويت وفيه تأمل ولما كان هذا الموضوع محتاجا الى توكيد ذكر المصنف قوله (شك يعقوب في الرواية) وفي كلامه نوع انغلاق لانه قال رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير والراوى في الجامع الصغير عنه محمد لانه تصنيقه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب عن أبي حنيفة لمحمد

(قوله وفيه تأمل) أقول لانه انما قال مارويت لان التزاع كان في الرواية لافي المذهب فيجوز أن يكون الشك في المذهب أيضا بل لا يبعد أن يقال ذلك هو الظاهر ثم قوله (مارويت) صريح في نفي الرواية لافي الشك فيها الا أن يراد بالشك خلاف اليقين مطلقا

قال (ومن اشترى جارية ببيعافاسد او تقابضا) اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كخلافهما والخبث ايضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك فاما الاول (٧٣٣) فانه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والثاني

يؤثر فيهما جميعا واذا ظهر هذا فغن اشترى جارية ببيعافاسد او تقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وان اشترى البائع بالثمن شيئا وربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد به ويؤثر الخبث في الربح والدرهم والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد الثاني بهين فلم يؤثر الخبث فيه لانه لفساد الملك لا لعدمه ومعنى عدم التعيين فيها انه لو اثار اليها وقال اشتريت منك هذا العبد بهذه الدراهم كان له ان يتركها ويدفع الى البائع غيرها لما ان الثمن يجب في ذمة المشتري لا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار اليها في البياعات وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين لاعلى الاصح وهي التي تقدمت انها تتعين في البيع الفاسد لانها بمنزلة المغصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها أو غصب دراهم وأدى ضمانها واشترى بها شيئا وباعه وربح فيه تصدق بالربح في الفصلين عند أبي حنيفة ومحمد

(قوله وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي

قال (ومن اشترى جارية ببيعافاسد او تقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وبطييب البائع ما ربح في الثمن) والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيمكن الخبث في الربح والدرهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بهين فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصديق

القاع عندنا وقواكم لا يلزم ذلك محل النزاع فأقل الامر أن يعلم الخلاف ويجوز أن يكلف النقض ففعله مع ذلك دليل قصده عدم البقاء الامدة وأما تعليل بعضهم له بأنه اتصل به حق العبد فصار كالبيع فبعد عن الصواب لأن ذلك فيما اذا كان العبد عبدا آخر اشتراه من اشتراه شرافاسد أو قبل الهبة فيه بطريق صحيح وما نحن فيه نفس العاقدا لاني بعقدته هو الذي ينبغي فلا يستحق بجنائته وفعله المقر لمصيته أن يقطع حق القاصد للتوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى بخلاف ما اذا اتصل به حق من لاجنابة منه فانه حل وعلاذن في تقديم حقه (قوله ومن اشترى جارية ببيعافاسد او تقابضا فباعها) المشتري (وربح فيها تصدق بالربح وبطييب البائع ما ربح في الثمن) الذي قبضه من المشتري اذا عمل فربح والا اصل في هذا أن المال نوعان نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدراهم والدنانير ونوع يتعين وهو ما سواهما والخبث نوعان خبث في البدل لعدم الملك في المبدل وخبث لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين حتى إن الغاصب أو المودع اذا تصرف في المغصوب والوديعة وهما عرض أو نقد أو دياضما منهما وفضل ربح وجب التصديق به عند أبي حنيفة ومحمد لانه بدل مال الغير فيما يتعين فيثبت فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين إن لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل بثمنه الذي لزمه لكنه انما يتوصل الى الربح بالمغصوب أو الوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير من حيث لم يتعلق به سلامة المبيع ان نفد الدراهم المغصوبة أو نقدير الثمن ان اشار الى الدراهم المغصوبة ونقدم غير ما فيه تصدق به لان الشبهة معتبرة كالحقيقة في أبواب الربا والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث وهو ما يتعين كالجارية في مسئلتنا ويتعدى الى بدلها وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة غير معتبرة لأن اعتبار الشبهة خلاف الاصل بالنص وهو نهي عن الربا والريسة فلا يتعدى والاعتبار مادونها كشبهة شبهة الشبهة وهلم فينسد باب التجارة وهو مفتوح فلذا قال بتصديق المشتري بالربح فيها وبطييب البائع ما ربح في الثمن ولا شك أن هذا انما هو على الرواية القائلة انه لا يتعين النقود في البيع الفاسد أما على الرواية القائلة بتعيين حكم الربح في النوعين كالغصب لا يطيب وقد ذكر المصنف أن رواية التعيين في البيع الفاسد هو الاصح حينئذ الاصح وجوب التصديق على البائع أيضا بما ربح في الثمن غير أن هذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الربح صريح الرواية في الجامع فان فيه محمدا عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية ببيعافاسد بألف وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال بتصديق الذي قبض الجارية بالربح وبطييب الربح الذي قبض الدراهم وحينئذ فلا يصح أن الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد لا كما قال وقول المصنف (لا تتعين في العقود) أي عقود البياعات بخلاف ما سواهما من الشركة والوديعة والغصب وقول بعضهم احترازه عن الوديعة والغصب والشركة انما يصح لو كان لفظ البياعات أو المعاوضات مذكورا للمصنف وليس كذلك وهذا التفصيل قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف بطيب الربح مطلقا لأن عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند زفر والشافعي لا يطيب في الكل لأن الدراهم والدنانير تتعين حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كافي المبيع المعين وعندنا لا يبطل وليس له أن يجنسها ويعطى مثلها عندهما

انها لا تتعين الخ) أقول فيه بحث فان عدم التعيين سواء كان في المغصوب أو في المبيع الفاسد انما هو في العقد الثاني ولا يضر تعينه في الاول فقوله انما يستقيم الخ فيه ما فيه (قوله لاعلى الاصح وهي التي تقدمت الخ) أقول يعني تقدم ذكرها بورقة تخمينية بقوله ثم اذا كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها فيه تتعين بالتعيين على رواية أبي سليمان وهو الاصح

لان الخبث لما كان لعدم الملك أثر فيما يتبعين وفيما لا يتبعين وقال أبو يوسف يطيب له الربح لان شرط الطيب الضمان والغرض وجوده وله مان العقد يتعلق بما يتبعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال (وفيما لا يتبعين شبهة من حيث سلامة المبيع أو تقدير الثمن) وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو اما ان أشار اليها ونقد منها وأشار اليها ونقد من غيرها فان كان الاول فقد تعلق بسلامة المبيع لانه هو الواقع غنا وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل ملك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل اليه بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه أمر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصديق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتبعين الى شبهة لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه بل بما فيه شائبة ملك تنزل وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتبعين الى شبهة الشبهة لان تعلق بسلامة المبيع أو تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بما فيه شائبة ملك والشبهة هي المعبرة لان النازل عنها قيل بالحديث وهو ما روى أن النبي صلى (٢٣٨) الله عليه وسلم نهى عن الربا بالريبة والريبة هي الشبهة وهو دليل على أن الشبهة

معتبرة وأما أن شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير وأما اذا كان شبهة الشبهة أيضا داخل في الريبة فقد ثبتت به خلاف المدعي والمعنى في ذلك أن شبهة الشبهة لو اعتبرت لا تعتبر مادونها أيضا دفعا للتحكم لكن لا يصح اعتباره لئلا ينسد باب التجارة اذ قلنا يخلو عن شبهة شبهة الشبهة فادونها قال (وكذلك اذا ادعى الخ) رجل قال لا تخلى عليك ألف درهم فاقضها ففرضاها ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعي وربح طاب له الربح ولا يجب التصديق به لان الخبث فيه

وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك أما الخبث لعدم الملك فعند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتبعين حقيقة وفيما لا يتبعين شبهة من حيث إنه يتعلق بسلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعبرة دون النازل عنها قال (وكذلك اذا ادعى على آخر ما لا يقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقدر ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح) لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتبعين

(قوله وكذلك الخ) قال في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على آخر ما لا يقضاه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقدر ربح المدعي في الدراهم التي قبضها على أنها دينه (يطيب له الربح) لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية أي بالقرار عند دعواه المال (ثم استحق بالتصادق) فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين (وبدل المستحق مملوك) أي ملكا فاسد اسواء كان عينا أو ديناً أما عينا فبدل لئلا ينسد باب اشتري عبدا بجارية أو ثوب ثم أعتق العبد واستحق الجارية يصح عتق العبد ولو لم يكن بدل المستحق مملوك كالم يصح العتق اذ لا عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة واذا ملكه فاسد فيما لا يتبعين لا يعمل فيه خبثا فطاب له الربح وفي الجامع الكبير لقاضيخان بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف لا يبارقه حتى يستوفى حقه فباعه المديون عبد الغيرة بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث لأن المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنث وبيان فساد الملك في بدل المستحق أنه اذا استحق المبدل يجب رده ولا يبطل البيع فتمت كمن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مملوك تتم كمن فيه شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر واعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلا عما يزعم أنه ملكه أما لو كان في أصل دعواه الدين متعمدا للكذب فدفع اليه لئلا يملكه اصلا لانه متيقن أنه لا ملك له فيه والله أعلم

لفساد الملك لان الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعي وأداء المدعي عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا (فصل)

لملكه لكن لما تصادقا انه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لان بدل المستحق مملوك به اذا كان عينا يتبعين كما اذا اشترى عبدا بجارية وأعتقه فاستحق الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق مملوك كالم نافذ لا متناعه في غير الملك بالنص فاذا كان ما لا يتبعين أولى لكنه يفسد الملك اذا استحقاق قصدا في مقابلة لافيه فلو كان فيه كان باطلا وخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتبعين

(قوله لان الخبث لما كان لعدم الملك الخ) أقول كتب في هامش هذا البحث ما هو صورته وقد استفسر كل قوله بعد ضمان قيمتها بأن الكلام في الخبث لعدم الملك وان أدى الضمان فقد ملك على أصله ثم اذار ربح بعد ذلك لم يكن الخبث لعدم الملك والجواب أن التقدير ليس من أسباب الملك وانما ثبت الملك مستندا بالضمان وفي المستند شبهة عدم وشبهة عدم ملحقه بحقيقة عدم فيما يتبعين على الشبهات والصدقة تقتضى عليها فكان الحكم فيه حكم عدم الملك بالنسبة الى الربح فالملك بعد الضمان يفيد طيب المغموب لا طيب الربح الحاصل منه لانه بالنسبة اليه كعدمه ونحن نقول فعلى هذا يكون في ربح المغموب المضمون شبهة الخبث وفي ربح الدرهم المغموب المضمون شبهة الشبهة اذ على مقتضى تقريره يكون فيها شبهة الملك ولا ينفعه المبالغة التي ادعاها في الكلام حيث لا يخرج به الى الحقيقة فليتأمل

﴿فصل فيما يكره﴾ قيل المكروه أدنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبة فلذلك الحق به وأخر عنه ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في أصول الفقه أن القبح إذا كان لامر مجاور كان مكروها وإذا كان بوصف (٢٣٩) متصل كان فاسدا وقد قررناه

في التقرير (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجس) وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال لا تناجشوا (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولا ينكح في ذلك إلا بحاشا وضرارا وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ غن في المساومة فأما إذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما ذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضا قال (وعن تلقى الجلب) وهذا إذا كان يضر بأهل البلد

﴿فصل فيما يكره﴾ لما كان دون الفاسد أخر عنه وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد والافهذه السكرات كالمحرمات لا نعلم خلافا في الأثم ومقتضى النظر عندى أن يكون على أصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه والحاضر للبادى في القحط والاضرار فاسدا وتلقى الجلب إذا لبس باطلا أو ثبت له الخيار وهذا لأن النهي مطلق للتحريم الإلصاف وهذه المعاني المذكورة سببا للنهي تؤكده المنع لا تصرفه عنه فان في اعتراض الرجل على سوم الآخر بعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى إثارة للعداوة والبغضاء كالخمر والميسر فيحرم ذلك وشراء ما جى به في زمن الحاجة ليغالى على الناس ضرر عام للمسلمين وأهل الذمة فيحرم وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقمين فإنه لم يرض بالثمن المذكور إلا على تقدير كونه سعر البلد فيجب أن يكون غير منعقد لعدم الرضا به كقول مالك أنه ممنوعا ويثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي وكون الوصف مجاورا ولا زما لا يتلقى ما ذكرنا إذا اصطلاحات لا تتلقى المعاني الحقيقية المقتضية للبطلان أو الفساد على أن معنى الفساد ليس إلا كون العقد مطلوب التفاضل للعصبة مباشرة المنهى عنه ويملك البطل منه بالقبض وتأخر المالك إلى القبض ليس إلا لوجوب رافع المعصية برفعه وبجوب في هذه البياعات ذلك كله غير أنه لما كان المنع بأخبار الآحاد الظنية سموه مكروها على اصطلاحنا ولما كان الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي ثابتا جعلته فاسدا (قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجس) وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) بعد ما بلغت قيمتها فإنه تغير بالسلم ظاهرا أما إذا لم تكن بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فجائز لأنه نفع مسلم من غير اضرار بغيره إذا كان شراء الغير بالقيمة (قال صلى الله عليه وسلم لا تناجشوا) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تتلقى الركن بالبيع ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبيع حاضر لباد والنجس بفتحين وروى بسكون الجيم (قوله وعن السوم) أي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر في الصحيحين في لفظ لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقى الركن إلى أن قال وأن يستام الرجل على سوم أخيه وعرفت مشيئة وهو ما فيه من الإحساس والاضرار بشرطه وهو أن يتراضيا بتمن ويقع الركون به فيجوز أخرفه دفع للمالك أكثر أو مثله غير أنه رجل وجبه فيدعيه منه لوجهته وأما صورة البيع على بيع أخيه بأن يتراضيا على غن سلعة فيجوز أخرفه قول أنا أبيعك مثل هذه السلعة بانه نقص من هذا الثمن فيضر بصاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة إلى جعل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع أحدكم على بيع أخيه جامعاً للبيع والشراء مجازا إنما يحتاج إلى ذلك لولم يرد حديث الاستيلاء وكذا المحلة في الخطبة فإن لم يتراضيا فهو بيع من يزيد ولا بأس به كما سئذ ذكر (قوله وعن تلقى الجلب) في الصحيحين عن عبد الله بن عباس

الثمن وكذلك في النكاح أما إذا لم يبخ فلا بأس بذلك لأنه بيع من يزيد وقد روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلما ببيع من يزيد قال وعن تلقى الجلب أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن تلقى الجلب أي المحلوق

﴿فصل فيما يكره﴾

وصورته المصري أخبر عجي قافلة بحيرة فتلقاتهم واشترى الجميع وأدخله المصري لبيعه على ما أراد فذلك لا يخلو إما أن يضرب أهل البلد أولا والثاني لا يخلو من أن يلبس السعر على الواردين أولا فان كان الاول بان كان أهل المصر في خط وضيق فهو مكره باعتبار قبح التضيق الجوار المنفك وان كان الثاني فقد لبس السعر على الواردين فقد غر وضر وهو قبيح فيكرهه والا فلا بأس بذلك (قال ويبيع الحاضر للبادي) أي ونهى عليه الصلاة والسلام (٣٤٠) عن بيع الحاضر للبادي فقال عليه الصلاة والسلام لا يبيع حاضر لباد وصورته

الرجل له طعام لا يبيعه لاهل المصر ويبيعه من أهل البادية بمن غال فلا يخلو اما أن يكون أهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك أو في خط يتضررون فان كان الثاني فهو مكره وان كان الاول فلا بأس بذلك وعلى هذا تكون الأم للبادي بمعنى من وقيل في صورته نظرا الى اللام أن يتولى المصري البيع لاهل البادية ليغالي في القيمة قال (والبيع عند أذان الجمعة) أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن البيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته من باب اعتبار معناه لا باعتبار الصيغة (قوله فيه) بيان لقبح المجاور فان البيع قد يحل بواجب السعي اذا قعدا أو وقفا يتبايعان وأما اذا تبايعا عشايا فلا اخلال فيصح بلا كراهة وقد تقدم في كتاب الصلاة أن المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال (وكل ذلك) أي المذکور من أول الفصل الى هنا مكره لما ذكرنا لافساد الفساد أي القبح لاهل خارج زائد

فان كان لا يضرب فلا بأس به الا اذا لبس الشـعـر على الواردين فيه تذكيره لما فيه من الغرور والضرر قال (وعن بيع الحاضر للبادي) فقد قال عليه الصلاة والسلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان أهل البلد في خط وعوز وهو أن يبيع من أهل البلد وطعمه في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم أما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لا لعدم الضرر قال (والبيع عند أذان الجمعة) قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة قال (وكل ذلك يكره) لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تلتقي الركبان وان يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا ولتلقى صورتان احدهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجه لبيعه وممن أهل البلد زيادة وثابتة ما أن يشتري منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ولا تخلاف عند الشافعية أنه اذا خرج اليهم لذلك أنه يعصى أم لا ولم يقصد ذلك بل اتفق ان خرج فراهم فاشترى في معصيته قولان أظهرهما عندهم يعصى والوجه لا يعصى اذا لم يلبس وعندنا محتمل النهي اذا كان يضرب أهل البلد أو لبس أما اذا لم يضرب ولم يلبس فلا بأس (قوله وعن بيع الحاضر للبادي) تقدم النهي عنه ومحتمل النهي (اذا كان أهل البلد في عوز) أي حاجه (أو خط وهو يبيع من أهل البلد وطعمه معافي الثمن الغالي) للاضرار بهم وهم جيرانه (أما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لا لعدم الضرر) وقال الحلواني هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع أنت انا أعلم بذلك من فيقول له ويبيع ويغالي ولو تركه يبيع بنفسه لخص على الناس وفي بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم دعوا الناس برزق الله بعضهم من بعض وفي المجتبى هذا التفسير أصح ذكره في زاد الفقهاء لما وافقته الحديث وعلى هذا تفسير ابن عباس بأن لا يكون له سمسارا ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير لصددها وهي الجائزة فالعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه فكأنه لما سئل عن لمية نهى بيع الحاضر للبادي قال المقصود أن لا يكون له سمسار فنهى عنه لاسمسار (قوله والبيع عند أذان الجمعة قال تعالى) اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة الى قوله تعالى (وذروا البيع) كأنه يجعل الوقت من حين الاذان مشغولا بصلاة الجمعة تعظيما لها كما قالوا في النهي عن الصلاة بعد صلاة العصر قبل التغير (وفيه) زيادة أنه قد يفرض الى (الاخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر في منع البيع في كتاب الصلاة) وهو ما يكون بعد دخول الوقت وقوله (كل ذلك يكره) أي كل ما ذكرناه من أول الفصل الى هنا يكره أي لا يحل على ما قدمناه (ولا يفسد به البيع) باتفاق علمائنا حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض وهو قول الشافعي لكنه ثبت الخيار في تلقى الركبان على ما قدمناه وقد مرنا قول مالك بالبطلان فيه وفي النجس وكذا بيع الحاضر للبادي وبه قال أحمد وعمل الحجة (بأن الفساد) فيه (في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة) واستشركه في الكافي لان البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس في صلبه قال الآن يؤول الخارج بالمجاور وأنت علمت ما

عندنا

أي مجاور وليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة

قال المصنف (والبيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع) أقول قال الزيلعي وذكر في النهاية أنه ما اذا تبايعا وهو ما عشايا فلا بأس به وعزاه الى اصول الفقه لابي اليسر وهو هذا مشكل فان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأى اه وفيه بحث

قال (ولابأس يبيع من يزيد ونفسه ماذ كرنا وقد صرح أن النبي عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولأنه يبيع الفقراء والحاجة ماسة إليه نوع منه) قال (ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذورحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان أحدهما كبيرا) والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والده وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله تعالى عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعث أحدهما فقال أدرك أدرك وروى ارد داردد

عندنا في ذلك (قوله ولابأس يبيع من يزيد) وهو صفة البيع الذي في أسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة (لأنه صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد) روى أصحاب السنن الأربعة من حديث أنس بن مالك أن رجلا من الانصار أتى النبي صلى الله عليه وسلم يسأله فقال له أمانى يتك شي قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء قال ائتنى بهما فأناهما فأخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين فقال رجل أنا أخذتهما بدرهم فقال من يزيد على درهم مرتين أو ثلثا فقال رجل أنا بدرهمين فأعطاهما أياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الانصارى وقال اشترى بأحدهما طعاما فانبذه إلى أهلك واشترى بالآخر فأسافاني به فأنا به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبيع ولا أرينك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وبعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من أن تجي المسئلة تنكت في وجهك يوم القيامة ان المسئلة لا تصلح الا لثلاثة لذي فقر مدقع أو لذي غرم مقطوع أو لذي دم موبح وأخرجه الترمذى مختصرا أنه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقد حافين يزيد قال الترمذى حديث حسن لا نعرفه الا من حديث الاخضر بن بحلان عن عبد الله الحنفى وقد رواه غير واحد عن الاخضر بن بحلان وقال في علله الكبير سالت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال الاخضر بن بحلان ثقة (قوله نوع منه) أى من البيع المكروه أى الذى لا يحل على ما عرفت أن الكراهة تحريمية وانما فصله لان الكراهة فيه لمعنى يرجع الى غير المعقود عليه وفيما تقدم لما يرجع اليه أولاها مسائل يجمعها معنى واحد هو التفريق بخلاف الاول (ومن ملك مملوكين) بأى سبب فرض من أسباب الملك شراء أو هبة أو ميراثا (صغيرين) أو (أحدهما وبينهما رحم محرمة لم يفرق بينهما) سواء كان يبيع أو هبة أو وصية وذ كره بصورة النبي بمبالغة في المنع ولا يتطرق في الوصية الى جواز أن يتأخر الموت الى انقضاء زمان التحريم لان ذلك موهوم (والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم) فيما رواه الترمذى عن أبى أيوب الانصارى رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (من فرق بين والده وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة) وقال حديث حسن غريب وصححه الحاكم على شرط مسلم ونظر فيه فان فيه حجة بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واختلف فيه ولا اختلاف فيه لم يصححه الترمذى ورواه أحمد بقصة وروى الحاكم في المستدرک عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين والده وولدها وقال اسناده صحيح وفيه طليق بن محمد تارة يرويه عنه عن عمران بن حصين وتارة عنه عن أبى بردة وتارة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسل قال الدارقطنى وهو المحفوظ وقول ابن القطان لا يصح لان طليقا لا يعرف حاله يريد خصوص ذلك والا فالحديث له طرق كثيرة مشهورة والفاظ وجب صحة المعنى المشترك فيه وهو منع التفريق الآن فى سوقها طولنا علينا وأما حديث على رضى الله عنه فأخرجه الترمذى وابن ماجه من حديث الحاج بن ارطاة عن الحكم بن عبيدة عن ميمون ابن أبى شبيب عن على رضى الله عنه قال وهب لى رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعث أحدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا على ما فعل غلامك فأخبرته فقال رده رده قال الترمذى

وتفسر ببيع من يزيد وروى أنس رضى الله عنه قد مر آتفا (نوع منه) أى هذا الذى يشرع فيه نوع من البيع المكروه ومن ملك صغيرين أو صغيرا وكبيرا أحدهما ذورحم محرم من الآخر كره له أن يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والده وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة (قوله ووهب) معطوف على قوله عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعث أحدهما فقال أدرك أدرك وروى ارد داردد

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والده وولدها فرق الله بينه الحديث) أقول قوله فرق الله بينه يجوز أن يكون دعاء على من فرق بين والده وولدها ويجوز أن يكون خبرا لقوله والاصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام) أقول على أن تكون مامصدرية

ووجه الاستدلال بالاول هو الوعد وبالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع أحدهما وهو  
تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكرة البيع لافضائه الى التفريق وهو مجاور يتفك عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر في ذلك  
استثناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير للصغير وفي بيع أحدهما قطع الاستثناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرجحة على  
الصغار وقد أوعد النبي على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ان كان المراد بترك  
المرجحة تركها بالتفريق ويجوز أن يكون المراد في قطع الاستثناس والمنع من التعاهد ترك المرجحة وذلك متوعد بقوله عليه الصلاة والسلام  
من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار استثناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للشكاح بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم  
من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للولي أو الصغير قصد فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا مالا محرمة بينهما  
أصلا حتى لو كان أحدهما أختا رضاعيا (٣٤٣) للآخر أو كان أمة والآخر ابنها رضاعا أو كان أحدهما ولدا عم أو خال أو كان

ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهد معه فكان في بيع أحدهما قطع الاستثناس  
والمنع من التعاهد وفيه ترك المرجحة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للشكاح  
حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان  
النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورد

حديث حسن غريب وتعبه أبو داود بان ميمونا لم يدرك عليا وهو على طريقته من أن المرسل من  
أقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك وأخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن عبد الرحمن بن أبي  
ليلى عن علي رضي الله عنه قال قدم على النبي صلى الله عليه وسلم سبي فأمرني ببيع أخوين فبعتهما  
وفرت بينهما ثم أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال أدركهما فأرتجعهما وبعهما جعسا فلا تفرق  
بينهما وصححه الحاكم على شرط الشيخين وفي ابن القطان العيب عنه وقال هو أولى ما اعتمد عليه في هذا  
الباب ومن طريق آخر رواه أحمد والبخاري وفيه انقطاع ولا يضر على أصلنا على ما عرف قال المصنف  
(ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهد معه) أي يصلح شأنه (فكان في التفريق قطع  
الاستثناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرجحة على الصغار وقد أوعد عليه) قال عليه الصلاة  
والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا ورواه ابن أبي شيبة عن عمرو بن العاص وكذا  
رواه البخاري في كتابه المفرد في الادب وروى الطحاوي في مشكل الآثار حداثا بنونس بن عبد الأعلى  
حدثنا ابن وهب انبأ مالك بن أبي الخير الزبدي عن أبي قنبل عن عباد بن الصامت عنه صلى الله عليه  
وسلم قال ليس منا من لم يجل كبيرنا ويرحم صغيرنا وعلى نحو الاول رواه البخاري في كتابه المفرد في الادب  
من حديث أبي هريرة وقد روى من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهور لا شك فيه عن النبي صلى  
الله عليه وسلم قال المصنف (ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للشكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب  
كمهرم الرضاع وامرأة الاب (ولا قريب غير محرم) كابن العم (ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز  
التفريق بينهما لانه على خلاف القياس فيقتصر على مورد) ومورده كان في المحرمة كما في الوالدة وولدها  
والاخوين فان قيل لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الخال وابن أخته والخاله وبنت أختها

أحدهما زوج الآخر جاز  
التفريق بينهما لان النص  
الثاني ورد بخلاف القياس  
لان القياس يقتضي جواز  
التفريق بوجود الملك  
المطلق للتصرف من الجمع  
والتفريق كافي الكبيرين  
وكل ما ورد من النص بخلاف  
القياس يقتصر على مورد  
ومورده الوالدة وولدها  
والاخوان فيل في كلام  
المصنف تناقض لانه علل  
بقوله ولان الصغير يستأنس  
بالصغير وقال ثم المنع معلول  
بالقرابة المحرمة للشكاح  
ثم قال لان النص ورد بخلاف  
القياس وما كان كذلك  
لا يكون معلولا فجاء التناقض  
والجواب ما أشرنا اليه  
في تفسير كلامه ان مناط  
حكم المنع عن التفريق  
انما هو استثناس وتعاهد

يحصل بالقرابة المحرمة للشكاح بدون ضرر للولي أو الصغير قصد فهو بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالادلة اذا ساواه لان  
لا بيان الوصف الجامع بين المقس والمقس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس واذا ظهر  
هذان ليس في القرابة والمحرمة ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة لا شكاح وما لا ضرر فيه حتى يلحق بهما فلا يرد ما قيل في الكتب  
لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للشكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان أحدهما  
صغيرا فكانت العلة منقوضة

(قوله ووجه الاستدلال بالاول) أقول لاحاجة في صحة الاستدلال بأدرك وردد الى التكرار نعم يتقوى الاستدلال بتكرار الامر  
(قوله بقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدته وولدها الحديث) أقول الدعوى عامة والحديث مخصوص بالوالدة والولد (قوله فهو  
بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالادلة اذا ساواه) أقول دعوى المساواة فيما اذا كان أحدهما عمًا أو خالا للمورد النص مشكلة  
وللاشارة الى ذلك قال عسي

ولزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسدة عند عامة المشايخ والاول من المواضع السبعة ما اذا صار أحدهما في ملكه الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا بره أو استولده ان كانت أمة فانه لا بأس ببيع الآخر وان حصل التفريق والثاني اذا جنى أحدهما جناية نفس أو مال فان للولي أن يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والقضاء وله ولاية المنع عن البيع بأداء القيمة والثالث اذا كان المالك حرياً جازاً للسلم شراء أحدهما وكما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء والرابع اذا ملك صغيراً وكبيراً جازاً ببيع أحدهما الكبير استحقاقاً وان لزم التفريق والخامس اذا اشتراهما ووجد أحدهما معيباً كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق والسادس جازاً اعتاق أحدهما على مال أو غيره وهو تفريق والسابع اذا كان الصغير مرافقاً جازاً ببيع برضاه ورضاً أمه ولزم التفريق واذا تأملت ما مهلك أنفاً ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الأخيرين يشتمل على الضرر أما الاول فلأن بيع أحدهما المأتمتع لعني شرعي لو منع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفريق مع وجود المالك المطلق له اضرار فكيف تحمل لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث وأما الثاني فلانه لو ألزم المولى القضاء بدون اختياره تضرر وأما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم من شرائه تضرر الصغير قصداً وعاد على موضوعه بالنقض (٣٤٣) فان الحربي يدخله ما دار الحرب فينشأ ن

فيها وضرر ذلك ظاهر في الدنيا لعرضية الاسر والقتل وفي الآخرة لان ظاهر من ينشأ من صغيره بينهم أن يكون على دينهم وأما الرابع فلان منع بيع أحد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير لا يضرار للولي وأما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن أبي يوسف وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد السلم عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام المعيب اضرار المشتري فيتمتع بده دفع الأضرار عنه وأما في السادس فلان الاعتاق هو عين الجمع بأكل الوجوه لان المعتق أو المكاتب صار أحق بنفسه فيدور هو

ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به

لان النص ما روي في الوالدة والاخوين فالجواب أن القرابة المحرمة تثبت معنى دلالية وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية لقطع بأن خصوص الوالدة غير معتبر لان والد الأيضاً مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الاخوين فعلم أن لا قصر على الولاد بل القرابة المحرمة تثبت في الخال والخالة بالدلالة ومعلوم ان المحققين على عدم اشتراط الاولوية في الدلالة والمفهوم بقي ايراد نقض العلة بثانية مسائل يجوز التفريق فيهما مع وجود القرابة المحرمة منها الثلاثة التي ذكرها المصنف وهي ما اذا كان التفريق بحق مستحق كدفع أحدهما بجناية أو استيلاء دين لزم الصغير كاستيلاء مال الغير مع أنه في دفعه غير مجبور اذ له أن يدفع عنه القضاء والدين ويستبقيه ورده وحده بعيب بخصته فيرده وحده وان كان عند أبي يوسف أنه يردهما جميعاً أو يسكنهما كما في مصرعي الباب اذا وجد أحدهما معيباً والرابعة أن يدرأ أحدهما أو يستولدا لامة وحينئذ جاز بيعه الآخر والخامسة أن يكون الحربي مستأمن فباع أحدهما فلمسلم ان يشتريه مع أن المنع كالمولود البائع كذلك للمشتري والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملكه أحدهم صغير حصل بيع أحد الكبيرين مع انه يصدق التفريق بين الصغير والكبير والسابعة أنه يجوز أن يعتق أحدهما بمال وبلا مال ويكتبه مع أنه حصول الفرقة بالاخراج عن ملكه والثامنة لو كان الولد مرافقاً فرضى بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز ببيعها فالجواب عن الثلاثة الاول ما أشار اليه المصنف بقوله (لان المنظور اليه) في منع التفريق (دفع الضرر عن غيره) وهو الصغير (لا) الحاق (الضرر به) أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم فلو منعنا

حينئذ اذ أخوه ويتعاهد أموره على ما أراد ولا اعتبار بخبر وجهه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في ابقائهما جميعاً مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه وأما في السابع فلان المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رضيا بالتفريق اندفع الضرر فقيما عدا الأخيرين ضرر فلا يكون في معنى ما اضر رقبته من كل وجه فيلحق به وأما السادس فلان التفريق فيه وأما السابع فن قيل اسقاط الحق ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره لا بأس ببيع أحدهما لان التفريق لا يتحقق فيه وذكر الغير مطلقاً ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابناً صغيراً له أو كبيراً أوهما في مؤنته أو لا سواء كان زوجته أو مكاتبته ولا يجوز بيع أحدهما من أحدهما لانه اذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك (قوله ولو كان التفريق بحق مستحق) تقدم تقريره في أثناء الاسئلة وجوابها وروى عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال اذا جنى أحدهما انه يستحب القضاء لانه مخير بين أن يدفع أو يندى فكان القضاء أولى

قال المصنف (لا الاضرار به) أقول قال ابن الهمام أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين اه وفيه بحث (قوله أو لزم التزام القول بتخصيص العلل) أقول فانه ظهر ان العلة هي الرحمة المحرمة الغير المستلزم ضرراً بالمالك وبالصغير قصداً (قوله وأما الثالث فلان منع التفريق الخ) أقول فيه بحث

قال (فان فرق كرهه ذلك وجاز العدة داخ) فان فرق كره ذلك واطلاق التفريق يدل على انه مكروه سواء كان بالبيع أو القسمة في الميراث أو الغنائم أو الهبة أو غير ذلك والبيع جائز وعن أبي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد لقوته وضعف غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما رويان من قوله عليه الصلاة والسلام لعلي أدرك أدرك ولزيد بن حارثة ارداد رد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الخاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لافاسد كالاستيام والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة أو بيع الآخر ممن باع منه أحدهما

(قوله واطلاق التفريق يدل الخ) أقول لا يخفى عليك ان قوله وجاز البيع يدل على التقييد نعم لا كلام في اطلاق التفريق الواقع في الحديث (قوله والجواب عن الحديث أنه محمول الخ) أقول في أدرك وأردد (قوله أو بيع الآخر الخ) أقول في أدرك ثم لفظ أو ههنا لمنع الخلو

قال (فان فرق كرهه ذلك وجاز العدة) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما رويانا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام

التفريق كان الزام للضرر بالمالك والعلة هي ما ذكرنا من الرحم المحرمة غير المستلزم ضررا بالمالك فعند استلزامه تكون علة المنع منتفية عن عدم منع تخصيص العلة أو مخصصة باستلزام ضرره عند عدم تخصيصها وبهم هذا يجاب عن الرابع اذ يلزم المالك الجرح عليه بمنعه من التصرف في ماله رأسا بخلاف ما قبل التدبير فانه يمكنه بيعهما والاتفاق ببدلهما وعن الخامس بأن مفسدة التفريق عارضها هنا بتقدير عدمه مفسدة أعظم فانه ان يشتريه أحد يذهب به الى دار الحرب ومفسدة كونه هناك يشب ويكتمل أعظم من ضرر التفريق على الصغير لانه ضرر الدين والدنيا فالدين ظاهر والدينات غير بضة على القتل والسبي والسبي هلاك ويحیی وما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس بأن العلة ما هو مظنة الضياع والاستيحاش وقد بقي له من يقوم مقام الثالث على أن في رواية عن أبي يوسف يمنع بيع الثالث في الكفاية قد اجتمع في الصغير عد من أقاربه لا يفرق بينه وبين واحد اختلفت جهة القرابة كالم والخال أو التحدت كخالين عند أبي يوسف لانه يستوحش بفراق الكل وعن السابع بأن العتق والكتابة عين الجمع لا التفريق فان المعتق والمكاتب يزول الجرح عنه فيتمكن من الكون مع أخيه حينما كان وأينما صار وعن الثامن بانتفاء الضرر عنهم لما اختار ذلك فقد تحققنا خلق الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشترع معه الحكم فالكل الى عدم العلة في الحقيقة ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط اذا كان للذي عبده امرأة أمة ولدت منه فأسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذي على بيع العبد وابنه وان كان تفرق بينهما وبين أمه لانه يصير مسلما باسلام أبيه فهذا تفرق بحق (قوله فان فرق كرهه ذلك وجاز العدة) اذا كان المالك مسلما حرا أو مكاتباً أو مازونا أما اذا كان كافرا فلا لانهم غير مخاطبين بالشرايع والوجه انه ان كان التفريق في ملتهم خلا لا يتعرض لهم الا ان كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وان كان ممنعا في ملتهم لا يجوز (وعن أبي يوسف رحمه الله لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك) أي قرابة الولاد وغيره وهو قول أحمد لما رويان من حديث علي رضي الله عنه وقول النبي صلى الله عليه وسلم أدركهما واربعهما فان الامر بالادراك والارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد (ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله والكراهة لمعنى مجاور) والنهي للمجاورة لا يوجب الفساد بخلافه لوصف لازم (فشابه كراهة الاستيام) على سوم أخيه وحينئذ يجب تأويل الامر بالادراك والارتجاع على طلب الاقالة مع ظهور ان يقيمه رغبة في ثواب الاقالة أو أن يبيع الاخ لاخر منه واعلم أن مدة منع التفريق اعتمدت الى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض وذكر فيه حديثا في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لا تجتمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والحارية وعن عبادة بن الصامت عنه عليه الصلاة والسلام لان فرقوا بين الام وولدها فقيل الى متى فقال الى أن يبلغ الغلام وتجب الحارية رفعه في المبسوط وهو قول للشافعي وفي أظهر قوله الى زمان التمييز سبع أو ثمان بالتقريب والى زمان سقوط الاستئان والحديث المذكور ذكره الحاكم وصححه وخطأه صاحب التمهيق وقال الاشبه انه موضوع وسببه ان في سنة عبد الله بن عمرو بن حسان قال الذهبي كذاب وقيل رماه ابن المديني بالكذب غير أن الحكم المذکور هو التفريق بعد البسوخ حكم ثابت شرعا وقال بعض مشايخنا اذا راهقا ورخصيا بالتفريق فلا بأس به لانهم من أهل النظر لانفسهم ماورى عياريان المصلحة في ذلك

(وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس في معنى ماورد به النص وقد صح انه عليه الصلاة والسلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين

(قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ماورد به النص) ليثبت فيه المنع الحاقا بالدلالة اذ كان أصله على خلاف القياس (وقد صح انه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين) بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في الاستيعاب قال البراء بعد ان غلطه للحديث طريق ذكره الحسن روى هذا الحديث عن بشير بن المهاجر بن حاتم بن اسمعيل ودلهم بن دهم انتهى وبشير عن عبد الله بن ربيعة عن أبيه قال أهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها فاما إحدى الجاريتين فتسراها فولدت له ابراهيم عليه السلام وهي مارية أم ابراهيم وأما الأخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت وهي أم عبد الرحمن بن حسان وذكر ان هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة وأخرجه البيهقي بسند آخر في دلائل النبوة من سلالته صلى الله عليه وسلم بعث حاطب ابن أبي بلتعة الى المقوقس الى أن قال وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين احدهما أم ابراهيم وأما الأخرى فوهبها عليه الصلاة والسلام لجهيم بن قيس العبدى وهي أم زكريا بن جهيم الذي كان خليفة عروب بن العاص على مصر وهذا يخالف لما تقدم وجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقي بسنده الى حاطب قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المقوقس ملك الاسكندرية فحُثت بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فانزلني في منزله فأقمت عنده ثم بعث الى وجمع بطارفته الى أن قال وهذه هدايا أبعث بها معك الى محمد فأهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث جوار منهن أم ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحدة وهبها لابي جهيم بن حذيفة العدوي وواحدة وهبها لحسان بن ثابت فهذا يعلم من ألفاظ هذا الحديث وطرقه وليس في شيء منها ان الجاريتين كانتا أختين وهو موضع الاستدلال لاجرم ذكر أبو الربيع سليمان الكلاعي في كتاب الاكتفاء عن الواقدي باسناده ان المقوقس أرسل الى حاطب ليلة الى أن قال فارجع الى صاحبك فقد أمرت له بهدايا وجاريتين أختين فارهتين وبغلة من مراكبي وألف منقال ذهب وعشرين ثوباً من لين وغير ذلك وأمرت لك بمائة دينار وخمسة أبواب فارحل من عندي ولا تسمع منك القبط حرقاً واحداً فهذا مع توثيق الواقدي دليل على المطلوب وقد أسلفنا توثيقه وكرر ذلك ابن عبد البر في الاستيعاب ونقله أحمد بن عبد الله الطبري عن أبي عبيدة في خاتمة مناقب امهات المؤمنين فانه أعلم بذلك وانما يوجب أبو داود التفريق بين المذكورات للحديث الذي في مسلم عن سلمة بن الأكوع قال خرجنا مع أبي بكر فغزو فافترسنا الى أن قال فحُثت بهم الى أبي بكر وفيهم امرأاة معها ابنة اها من أحسن العرب فنقلني أبو بكر انتم اقدمتم المدينة فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المرأة فقلت هي لك فقدى بها أسارى مكة انتهى مختصراً فهذا التفريق وان كان من فعل أبي بكر لكن لا شك في أن النبي صلى الله عليه وسلم علمه واتهم الجارية ولم يردها الى أمهابل أبعدها حين فدى بها فهذا والله أعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين والله أعلم ﴿فروع﴾ اذا كان مع الصغير أبواه لا يبيع واحد منهم ولو كان معه أم وأخ أو أم وعم أو أخالة أو أخ جازي بيع من سوى الام وروى هشام عن محمد أنهم لا يباعون الامعاء اعتبار الاختلاف الجهة والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لان شفقة الام تغني عن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة والجدة كالام فلو كان معها جدعة وخالة جازي بيع العمة والخالة ولو كان معها عمة وخالة لم يباعوا ٣ الامعاء اختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه اخوان أو أخوة كبار في رواية الامالى لا يباع واحد منهم والصحيح انه يجوز بيع من سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان الشفقة أمر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الابعاد مع الاقرب وعند الاتحاد في الدرجة والجهة

(قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس في معنى ماورد به النص يشير الى ان مراده فيما تقدم الحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين روى ان أمير القبط أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسلم جاريتين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ إحدى الجاريتين سريّة فولدت له ابراهيم وهي مارية وهب الأخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلماً كان أو مكاتباً أو ماذوناً له وأما اذا كان كافراً فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع

## باب الاقالة

(الاقالة) الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما فأعقب ذكرهما باهـ ما وهى من القيل لامن القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهى جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة (٣٤٦) ندب صلى الله عليه وسلم اليها بما يوجب التحريض عليهما من الثواب إخبارا أو دعاء وكلاهما

### باب الاقالة

(الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما فيملك كان رفعه دفعا لحاجتهما (فان شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول) والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين ببيع جديد في حق غيرهما

أحدهما يغني وكذا المولك ستة أخوة ثلاثة كبار وثلاثة صغار اقباع مع كل صغير كبير اجاز استحسانا فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لام باع غير الشقيقة ولو ادعاه رجلان فصارا أبوين له ثم ملكوا جلة القياس أن يباع أحدهما لانهما أحدهما وفي الاستحسان لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي يبيع قيمته احتياطاً فصارا لاصل أنه اذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه وان كانوا في درجة فان كانوا من جنسين مختلفين كالأب والام والخالة والعمة لا يفرق ولكن يباع الكل أو عيسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالأخوين والأخوات والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ما سواه ومثل الخالة والعمة أخ لاب وأخ لام والله الموفق

### باب الاقالة

مناسبه الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه أنه اذا وقع البيع فاسداً ومكروها واجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المخطور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وأيضا الاقالة بيان كيف يرفع العقد وهو يستدعي سابقة ثبوته وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف يثبت فأعقب الرفع معظم أبواب الأثبات ثم قيل الاقالة من القول والهمزة للسلب فأقال بمعنى أزال القول أى القول الاول وهو البيع كاشكاه أزال شكايته ودفع بأنهم قالوا قلته بالكسر فهو يدل على أن عينه ياء لا واو فليس من القول ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو وأيضا ذكر في مجموع اللغة قال البيع قبلا واقالة فسخته (قوله الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) عليه اجماع المسلمين (قوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته زاد ابن ماجه يوم القيامة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين وأما لفظ نادما فعند البيهقي قال المصنف (ولان العقد حقهما فيملك كان رفعه دفعا لحاجتهما) التي لها شرع البيع وغيره ولا يخفى أن النص المذكور والمعنى انما يفسد مجرد جواز الاقالة وأما لزوم كونه على الثمن الاول بعينه فلو جبه يفيد المعنى الذي مهد به بقوله (والاصل) أى الاصل في لزوم الثمن الاول حتى يبطل الأقل والاكثر (أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين) وحقيقة الفسخ ليس الرفع الاول

لا يكون الا مشروع ولان العقد قد حققهما وكل ما هو حقهما يملك ان رفعه لحاجتهما وشرطها أن تكون بالثمن الاول (فان شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل في ذلك ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين) ولهذا بطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن الاول والنقصان منه ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل أن يسترده منه جاز ولو كان بيعا جاز لكونه قبل القبض بعبا جديد في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقابلا وعاد المبيع الى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان البيع صرفا فكانت في حق الشريفة بعبا جديدا وهذا لان لفظها ينبي عن الفسخ كما سنده ومعناها ينبي عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالراضى وجعلها فسخا أو بعبا فقط اجمال لاحد الجانبين وإعمالهما ولو بوجه أولى

كان

### باب الاقالة

فان قيل ما الجواب عن انتقاض حد البيع بالاقالة قلنا المراد من المبادلة في تحديد البيع هو ما كان مبادلة ابتداء لا تراجا بطريق الرفع بقريته مقابلة الاقالة للبيع (قوله وبني من القيل لامن القول) أقول في مجموع اللغة قال البيع قبلا واقالة فسخته (قوله والهمزة للسلب) أقول فأقال بمعنى أزال القول أى القول الاول وهو البيع (قوله وشرطها أن تكون بالثمن الاول الخ) أقول لو كان شرطاً لاتنفي بأنفائه وليس كذلك بل الظاهر انه من أحكامه

فجعلناهما من حيث اللفظ فسحقا في حق المتعاقدين لقيامه بهما فتعين أن تكون بيعا في حق غيرهما فإن تعذر جعلها فسحقا بطالت كما إذا ولدت المبيعة بعد القبض ولذا فإن الزيادة المنفصلة تنفع فسحق العقد حقا للشرع وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي بيع إلا أن تعذر جعلها بيعا كما إذا تقابل في المنقول قبل القبض فيجعل فسحقا إلا أن تعذر جعلها فسحقا فتبطل كما إذا تقابل في العروض المبيعة بالدرهم بعد هلاكها وعند محمد هو فسحق إلا إذا تعذر ذلك كما إذا تقابل بأكثر من الثمن الأول فيجعل بيعا إلا إذا تعذر ذلك فتبطل كما في صورة بيع العرض بالدرهم بعد هلاكه استدلل محمد بالمعنى اللغوي فقال إن اللفظ للفسخ والدفع يعني أن حقيقة ذلك يقال في الدعاء أقلنى عثرتي وإذا أمكن العمل بالحقيقة لا يصار إلى المجاز فيجعل بها وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو (٣٤٧) البيع لأنه يبيع في حق ثالث واستدل أبو يوسف بعناه

فانه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع إلا ذلك واعتضد بثبوت أحكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة وعورض بأنها لو كانت بيعا أو محتملة لأنه لا انعقد البيع بلقظ الاقالة وليس كذلك وأجيب بمنع بطلان اللازم على المروى عن بعض المشايخ وبالفريق بعد التسليم بأنه إذا قال ابتداء أفلتك العقد في هذا العبد بألف درهم ولم يكن بينهما عقد أصلا تعذر تصحيقها به لأن الاقالة إنما أضيفت إلى ما لا وجود له فتبطل في مخرجها وما نحن فيه ليس كذلك لأنها أضيفت إلى ما له وجود أعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما أراد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين

الآن لا يمكن جعله فسحقا فتبطل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسحقا الآن لا يمكن فتبطل وعند محمد رحمه الله هو فسحق إلا إذا تعذر جعله فسحقا فيجعل بيعا الآن لا يمكن فتبطل لمحمد رحمه الله أن اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال أقلنى عثرتي فتوفر عليه قضيته وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ألا ترى أنه يبيع في حق الثالث ولا يبيع في حق نفسه الله أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو أحد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وثبت به الشفعة كان لم يكن فيثبت الحال الأول وثبوت الحال الأول هو يرجوع عين الثمن الأول إلى مالكه كان لم يدخل في الوجود غيره وهو يستلزم تعيين الأول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والاجل نعم لما لم يكن فعله ما ينفذ على غيرهما جعل بالنسبة إلى غيرهما يباع فاعطى بالنسبة إلى غيرهما ما حكم البيع كما سنذكره (فإن لم يمكن جعله فسحقا) كان ولدت المبيعة بعد القبض وكذا إذا كان المبيع عرضا بالدرهم فهلك (تبطل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف هي بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعا بأن وقعت الاقالة قبل القبض في مبيع منقول فتبطل فسحقا فإن تعذر كونها بيعا فسحقا كالأول كان المبيع عرضا بالدرهم فتقايلا بعد هلاك العرض فحينئذ تبطل وعند محمد قلب قول أبي يوسف فهي فسحق إلا أن يتعذر فبيع إلا أن تعذر فتبطل والعجب أن قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمه الله في أن الاقالة تصح بلقظين أحدهما مستقبل كالقوله أقلنى فقال أفلتك مع أنه يبيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك على ما سلف ومحمد يقول أنه فسحق ويقول لا ينعقد إلا بالمضى فيهما لأنها كالبيع فأعطى بسبب الشبهة حكم البيع وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لأن المساومة لا تجرى في الاقالة فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع هكذا في شرح القدرى وذكره في الدراية والذي في فتاوى قاضيان أن قول أبي حنيفة كقول محمد وفي الخلاصة اختاروا قول محمد ولا يتعين مادة قاف لا مبل لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت أو اخترت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما إذا قطعه قيصا في فور قول المشتري أفلتك وتمت مقابلة فسحقك وتاركت وجه قول محمد (أن اللفظ) أي لفظ الاقالة وضع (للفسخ والرفع) بدليل الاستعمال فانه (يقال أقلنى عثرتي) بمعنى اسقط أثرها باعتبارها عدا ما بعد وجودها وهو المراد بالفسخ: حقيقة رفع الواقع عن أن يكون واقعا غير ممكن بعد الدخول في الوجود (فيوفر عليه قضيته وإذا تعذر) الفسخ (يحمل على محتمله وهو البيع ولا يبيع) يوسف أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو أحد البيع (وخصوص اللفظ لا عبرة به غاية الأمر أنه لم يسم فيه الثمن لأنه معلوم كافي التولية وأخذ الدار بالشفعة) (ولهذا تبطل) الاقالة (بملاك المبيع)

أحدهما أنه يفهم منه أن أبا يوسف يجعل الاقالة بيعا مجازا وذلك مصير إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز (قوله واستدل أبو يوسف بعناه الخ) أقول منقوض عما إذا كانت الاقالة بلفظ فاسحقك أو تاركتك فإنها حينئذ فسحقا جماعا مع جريان الدليل فيه (قوله فلم يلزم من ارادة المجاز الخ) أقول أي المعنى المجازي (قوله وذلك مصير إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة) أقول ألا ترى أنه يجعله فسحقا إذ لم يكن جعله له تبعاولا أن تقول يجوز أن لفظ المجازية مجاز عن المنقول بعلاقة المشابهة فالمعنى لا يلزم من ازالة المعنى المنقول اليه في موضع لوجود الدلالة على ما أراد معنى النقل اليه ارادة المعنى المنقول اليه في سائر الصور عند عدم النقل وعليك بالتدبر فإن قيل بماذا ثبت النقل قلنا باستعماله في عرف الشرع في مبادلة تنفع على مبادلة سابقة وترتب عليه أحكام البيع على ما يفهم من كلام أبي يوسف فعنده مجاز شرعي في الفسخ

والثاني ان قوله اقلنا العقد في هذا العبد معناه على ذلك التقدير بعثك هذا العبد وذلك يقتضي نفي سابقة العقد واستدلاله بحقيقة رجحه الله أن اللفظ ينفي عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والاصل اعمال الالفاظ في حقايقها فان تعذر ذلك صرنا الى الجواز ان أمكن والابطال وههنا لم يمكن أن يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمل لكونه صادقا واستعارة أحد الضدين لا آخر لا تجوز كما عرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولولم يحتمل البيع لم يكن ذلك أجاب المصنف بأن ذلك ليس بطريق الجواز اذا ثبت بالمجاز ثبات بقضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت مثل حكم البيع (٣٤٨) وهو الملك للبائع تبدل ظاهره موجبه في حق ثالث دونها لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد

وهذه أحكام البيع ولا يبيح حقيقته رجحه الله ان اللفظ ينفي عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطان وكونه يبيح في حق الثالث أمر ضروري لانه ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول بعد الاقالة قبل الرد ووجب للذي كان بائعا الرد بالعيب الحادث عند المشتري (وهذه أحكام البيع) فاذا ترتبت على شيء كان بيعا غير أنه اذا تعذر رجعه بيعا كما اذا وقعت في منقول قبل قبضه صرنا الى مجازه بجعله فسحا فصحا بالكلام العاقل ما أمكن وكونه لا يبتدأ عقد البيع بانشائه به ممنوع على قول بعض المشايخ فانه قال يجوز أن يعقد البيع ابتداء بلفظ الاقالة واتفاؤه في الصحيح لعدم تقدم البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدونه سبقه (ولا يبيح حقيقته رجحه الله أن اللفظ ينفي عن الرفع على ما قلناه من رجحه الله) والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية) وكونه يثبت به لزوم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة الى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته اذ اللوازم قد تكون عامة ترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة بيعا لذلك فان قيل فتكون بيعا لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لا لثبوت اللوازم الخارجية قلنا انما يريد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لاتراجعا بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك أي بأنه وضع به هذا الاعتبار والارجع الى مجرد الاصطلاح على أن مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرعا وبقيس أن لا يكون تراجعا والاحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الالفاظ بقي أمر آخر وهو أنها لم تستعمل في البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد أجاب عنه بقوله (ولا يحتمل ابتداء البيع ليحمل عليه عند تعذر الفسخ لانه) أي الرفع الذي هو المعنى الحقيقي (ضده) أي ضد العقد ونقيضه فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقهاء لان الاستعمال في الضد انما يكون لتحكم أو تلج وليس ذلك في الفقه أو يكون لمشا كنه اللفظ وقع في صحته كجزء من سببه وليس هنالك (فتعين البطان وكونه يبيح في حق ثالث) ليس باعتبار رجوعنا اياه مجازا عنه ولكن (لا امر ضروري) وهو انه لما ثبت (به مثل حكم البيع وهو الملك) تبدل ظهر في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليصرفا بموجب البيع عنه فيقتصر عليهما ويظهر بيعا في حق غيرهما اولئلا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور كاشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار أو الخلطة فاذا فرض ثبوت ذلك في عودها الى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده (قوله اذا ثبت هذا) أي هذا الخلاف في هذا الاصل (فتقول) تقر بيعا عليه (اذا شرط) في الاقالة (الاكثر) كأن تقابل على مائة والبيع بخمسين (فالاقالة على الثمن الاول) عند

وتقرير به بوجه البسط ان البيع وضع لاثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته والاقالة وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت الملك للبائع من ضروراته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما ثبت في المبيعة فاعتبر بموجب الصيغة في حق المتعاقدين لان لهم اولاية على أنفسهم ما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما لانه ليس لهما اولاية على غيرهما ووجه آخر أن المدعي ان كون الاقالة بيعا جديدا في حق ثالث ليس مقتضى الصيغة لان كونها فسحا بمقتضاها فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال والجواب لا يبيح حقيقته رجحه الله عما استدلل به أبو يوسف من ثبوت الاحكام ما قبل الشارع يبدل الاحكام فلا يغير الحقائق فانه أخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا وفسادا الاقالة عند

هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز أن يغير ويثبت في ضمن الاقالة وأما الاقالة فمن الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ اذا ثبت هذا أي ما ذكر من الاصل نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول

(قوله معناه على ذلك التقدير بعثك هذا العبد الخ) أقول مستعينا بالله تعالى لانسلم أن معناه ذلك بل معناه بعثك هذا العبد الذي كنت بعثته مني سابقا فانه ليس مجازا عن مطلق البيع بل عن بيع كثر بعد بيع بينهما في هذا المحل على ما ينادى عليه كلام الجيب وأيضا المجاز خلف عن الحقيقة في حق الحكم عند أبي يوسف ومحمد كما حقق في علم الاصول (قوله وذلك يقتضي نفي سابقة العقد) أقول الاولى أن يقول لا يقتضي سابقة العقد (قوله لانه ليس لهما اولاية على غيرهما) أقول ليصرفا بموجب البيع عنه

لتعذر الفسخ على الزيادة لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لأن فيه رفع مالم يكن ثابتاً وهو محال فيبطل الشرط لا الأقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لأن الشرط يشبه الربا لأن فيه نفعاً لأحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة حال عن العوض والأقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيه شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الأقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع فإن الزيادة فيه أثبات مالم يكن بالعقد فيستحق الربا لأن في الشرط شبهة الربا وهي معتبرة وكذا إذا شرط الأقل من الثمن الأول لما بيننا من أن رفع مالم يكن ثابتاً محال والنقصان لم يكن ثابتاً فرفعه يكون محالاً لأن يحدث في المبيع عيب فجازت الأقالة بالأقل لأن الخط يجعل بازاء مافات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاث ما إذا اشترى جارية بألف درهم وتقايلا بألف درهم صحت الأقالة وإن تقايلا بألف وخمسمائة صحت بالألف ولغاذ كر الباقي وإن تقايلا بألف الأمانة فإن لم يدخلها عيب صحت بألف ولغاذ النقص ووجب على البائع رد الألف على المشتري وإن دخلها (٢٤٩) عيب صحت الأقالة بماترط ويصير

المحطوط بازاء نقصان العيب لأنه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز أن يحتبس عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن أن يكون الخط بمقدار حصة العيب أو أكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه أولاً وقال بعض المشايخ تأويل المسئلة ذلك هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد وإن كانت فسحة لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعاً ممكن فإذا زاد تعذر العمل بالحقيقة فيصار إلى المجاز صون الكلام العقلاء عن الإلغاء ولا فرق في الزيادة والنقصان عند أبي يوسف لأن الأصل عنده هو البيع وعند محمد

لتعذر الفسخ على الزيادة إذ رفع مالم يكن ثابتاً محال فيبطل الشرط لأن الأقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربا ما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا إذا شرط الأقل لما بيننا الآن يحدث في المبيع عيب فيجوز الأقالة بالأقل لأن الخط يجعل بازاء مافات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جعله بيعاً ممكن فإذا زاد كان قاصداً بهذا ابتداء البيع وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف رحمه الله لأنه هو الأصل عنده وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الأول لا سكوت عن بعض الثمن الأول ولو سكوت عن الكل وأقال يكون فسحاً فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد وأدخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيننا ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ

أبي حنيفة ويبطل شرط الزيادة (لأن الأقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة) وأما بطلان الأقالة لرفع ما كان لرفع مالم يكن لأن رفع مالم يكن ثابتاً محال) ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على مائة توضيحه أن رفعه على مائة ترجع إلى المشتري والحال أنه لم يكن في الوجود العقد بمائة رفع مالم يكن له وجود فلا رفع أصلاً الآن أصل العقد له وجود وإياه عيباً بالأقالة غير أنهم زادوا شرطاً فاسداً فيثبت الرفع رفعه ما ويبطل بالشرط الفاسد الذي زاداه (بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن اثباتها فيه ويتحقق به الربا ويصير بيعاً فاسداً فلا يتصور اثباتها في الرفع (وكذا إذا شرط الأقل) عنده يصح بقدر الثمن الأول (لما بيننا) أنه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الأول (الآن) يكون (حدث بالبيع عيب) فيصح بالنقصان جعل الخط بازاء مافات بالعيب (وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعاً وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف يصح به لأنه بيع (وعند محمد هو فسخ بالثمن الأول) باعتباره مريداً الأول لكنه سكت عن بعضه (ولو سكت عن الكل) بأن قال أقلتك (يكون فسحاً) عليه فإذا سكت عن بعضه (أولى بخلاف ما إذا زاد وأدخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيننا) من جعل الخط بازاء مافات من العيب **فرع** باع صابوناً بطائفة تقايلا بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لأن كل المبيع باق (قوله ولو أقال بغير الثمن الأول) بأن كان دراهم فأقال على دينار تبلغ قيمته قدرها (فهو فسخ

(٣٣ - فتح القدير خامس) الفسخ ممكن في فصل النقصان لأنه لو سكت عن جميع الثمن وأقال كان فسحاً فهذا أولى واعتراض بأن كونه فسحاً إذا سكت عن كل الثمن إيمان يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق والأول رد المختلف على المختلف والثاني غير ناهض لأن أبا يوسف إنما يجعله فسحاً لامتناع جعله بيعاً لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فإن فيها ما يصلح تمناً فإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل يعني بالاتفاق لما بيننا أن الخط يجعل بازاء مافات بالعيب ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ

(قال المصنف أما لا يمكن اثباتها في الرفع) أقول لفظاً أما هنا ليس في مقامه والظاهر أن يقول بطله لكن (قوله والأول رد المختلف على المختلف) أقول رد المختلف على المختلف ليس محذور عنده وله نظائر في هذا الكتاب مع أن المقصود من هذا الكلام اثبات أن ذلك مذهب فليستأمل (قوله يعني بالاتفاق) أقول اتفاق أبي يوسف لا يتناول بحث لعدم ظهور المانع من البيع

الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقابلا بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع من الفسخ هذا اذا ولدت بعد القبض أما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ما ذكره في الذخيرة ان الحاربه اذا ازدادت ثم تقابلا فان كان قبل القبض صحّت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والارث والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند أبي حنيفة لانه لا يصحها الا فسخا وقد تعذر حقا للشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ بزمان له الحق في الزيادة بطلان حقه فيها والتقابل دليل الرضا فأمكن تصحيحها فسخا والاقالة في المنته ولقبيل القبض فسخ بالتفريق لا ممانع البيع وأما غيره كالعقار فانه فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وأما عند أبي يوسف فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة الخ) وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة

بالتن الاول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بيننا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقابلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما ان يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله كذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لا مكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها) لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالبيع دون الثمن

بالتن الاول عند أبي حنيفة ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بيننا أنه عند أبي يوسف بيع وعند محمد اذا تعذر جعله فسخا جعل بيعا (قوله ولو ولدت المبيعة ولدا) يعني بعد القبض (ثم تقابلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد) زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة اذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والارث والعقر اذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والرفع وان كانت بعد القبض متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة لا تصح على قوله الا فسخا (وعندهما ان يكون بيعا) ومن غرر الخلاف أنهم مالو تقابلا في منقول فقبل أن يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري ثانيا جازا البيع خلافا لأبي يوسف لان الممنوع البيع قبل القبض في البيع لا الفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفاقا لانه بيع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشتري في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وغرة كونها بيعا في حق غيرهما في مواضع أيضا منها أن البيع لو كان عقارا له شفيع فسلم الشفعة في أصل البيع ثم تقابلا وعاد إلى ملك البائع للشفيع أن يطلب الشفعة في الاقالة اتفاقا ومنها أن المبيع لو كان صرفا كان التقابض من الجانبين شرطا في صحة الاقالة لانه مستحق الشرع فكانت بيعا جسد في حق الشرع ومنها أنه لو اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقابلا وعاد إلى المشتري ثم أن البائع اشتراه من المشتري بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد ومنها أن السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقابلا فليس الواهب الرجوع على البائع لان البائع في حق الواهب كأنه اشتراه (قوله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها) ووجه الفرق أن المبيع مال حقيقة وحكما لانه عين متعين بخلاف الثمن لانه إمالي ليس بمال بل دين حقيقة وحكما فيما إذا لم يشر إلى نقد وإمالي حقيقة فيما إذا أشار إليه لعدم تعلق العقد بما أشار إليه بل بمثله في ذمته والدين مال حكما لا حقيقة ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير أنها ترتب بالدلالة الحكمية وهبة العين لا تصح بلا قبول بحال ولا تنادي زكاة العين بالدين لان الدين انقص من العين في المالية ولا يتأدى الكامل بالتناقص ولذا لم يحنث من حلف لا مال له وله دين عظيم واذا كان للمبيع هذه المزية وجب اظهارها وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لان حاجته إلى المبيع والثمن سواء فظاهر أنها في البقاء فجعلنا بقاء البيع حكما مضافا إلى قيام المبيع فاذا هلك ارتفع البيع وان كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الاقالة اذ رفع مالا وجوده لا يتصور وانما جازت الاقالة فيما اذا كان رأس مال السلم عرضا معناه قبضه المسلم اليه ثم هلك باعتبار أن السلم في هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه مبيع شرعا معقود عليه فقد اعتبر العين غنا والدين عينا مبيعا ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الاقالة ويضمن قيمة الهالك أو مثله في الاقالة كافي حقيقة المقايضة كما سئل كرمالو تقابلا والبذلان قائمان ثم هلك أحدهما با كان فالاقالة صحيحة

وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيام البيع فان رفع المبيع في حال وجوده محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل وعليه هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن لانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول

ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام المبيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك أحدهما أي أحد العوضين ابتداءً بآتيهما بعدا بحجارة فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم أقال المبيع في الجارية وجب رد قيمة العبد ولا تبطل بهلاك أحدهما بعد وجودهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قائماً أما إذا كان أحدهما هالكاً وقت الاقالة والاخر قائماً وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت الاقالة ولا يشك في المقايضة قائماً لا تبقى إذا هلك أحد العوضين (٣٥١) قبل القبض أو كان أحدهما هالكاً وقت البيع قائماً

هالكاً وقت البيع قائماً لا تصح مع ان كل واحد منهما في معنى الاخر لان الاقالة وان كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فتجوز بعد هلاك العوضين بخلاف المقايضة فانها بيع على الحقيقة ولكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعاً فالحق بالبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض وانما قيد بهلاك أحدهما لان هلاكهما جميعاً مبطل للاقالة بخلاف التصارف فان هلاك البديلين جميعاً فيه غير مانع عن الاقالة مع ان لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثمن كافي للمقايضة لانها مالم يتعينا لم تتعلق الاقالة بأعيانها لو كانا قائمين بل رد المقبوض ورد مثله سبباً في فساد هلاكهما كقيامهما وفي المقايضة تعلقت بأعيانها قائمين فتى هلكا لم يبق شيء من العقود عليه ترد الاقالة عليه واعلم ان الاقالة تصح بلفظين

(فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي) لقيام المبيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعدهلاك أحدهما ولا تبطل بهلاك أحدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقياً والله أعلم بالصواب وعليه قيمة الهالك أو مثله (ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام المبيع فيه) قوله ولو تقايضا) بالياء المثناة من تحت أي تباعياً ببيع المقايضة فهلك أحد العوضين (جازت الاقالة لان كلا منهما مبيع) من وجه (فكان البيع باقياً) ببقاء العين القائمة منهما فامكن الرفع فيه وعليه تفرع ما لو اشترى عبداً بأمة وتقايضا ثم ان مشترى العبد باع نصفه من رجل ثم أقال المبيع في الأمة جازت الاقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد وكذا لو لم يبيع ولكنه قطع يد العبد وأخذ الارش ثم أقال المبيع في الأمة ولو هلك البديلان قبل الاقالة ارتفع البيع فامتنعت الاقالة أم لو تقايلاً بعدهلاك أحدهما وصحت الاقالة ثم هلك الاخر قبل الرد بطلت الاقالة أيضاً والفرق بين المقايضة والصرف فان هلاك البديلين في الصرف غير مانع من الاقالة وفي المقايضة مانع أنه في الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الاقالة بل رده أو مثله فلم يتعلق الاقالة بغيرهما فلا تبطل بهلاكهما بخلاف غيره من البياعات فانه يتعلق بعين المبيع ولو تقايلاً بالسلم ورأس المال مما لا يتعين قائم في يد المسلم اليه رده وان كان هالكاً قائماً عليه رده مثله ولو تقايلاً بعد ما قبض المسلم فيه وهو قائم في يد رب السلم وصحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لان المقبوض بعقد السلم وان كان عقداً على دين معين ورد عليها العقد ولهذا يجوز بيعه مرابحة على رأس المال ذكره الاسيحي في فروع ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة ولذا اذا هلك الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استعملت كلها أجنبي تتوقف الاقالة على القبول في المجلس وتجوز الاقالة من الوكيل بالبيع والسلم في قول أبي حنيفة ومحمد كالأبراء خلافاً لابن يوسف واقالة الوكيل بالشراء لا تجوز بالاجاع وفسخ الموكل مع المشتري جائز وفي جميع التفاريق إقالة الوارث جائزة وأطلق في الجامع جواز إقالة الوصي وهو مقيد بما اذا لم يبيع بأكثر من القيمة فان باع بأكثر منها لا تصح إقالته وكذا المتولى أيضاً لو اشترى بأقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم عوضاً عن الدنانير ثم تقايلاً وودع الدراهم رجوعاً بالدنانير التي وقع العقد عليها لا بدفع وكذا لو رد بالعيب وكذا في الاجارة لو فسخت ولو عقد ابدانهم ثم كسدت ثم تقايلاً فانه يرد تلك الدراهم الكاسدة ولو عقد ابن بن مؤجل ثم جدد اجمالاً أو على القلب انفسخ الاول وكذا لو عقد ابدانهم ثم جدد ابدانهم أو على القلب أما لو جدد ابدانهم أكثر وأقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه وقالوا لو باع بائني عشر وحط عنه درهمين ثم عقد بعشرة لا ينفسخ الاول لانه مثله اذا لحط يلتحق بأصل العقد الا في البين فيحسب لو كان حلف لا يشترطه بائني عشر درهمين ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك فان باعه جاز وانفسخ الاول ولو قال بعه لي أو لم يرد على قوله بعه أو زاد قوله عن شئت لا يصح في الوجوه لانه توكيل ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا ينفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ يعني اذا قبل ولو قال البائع قبل القبض اعنقه فأعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف العتق باطل وفي الفتاوى الصغرى يجوز ما عدا النكاح فسخ وعليه

أحدهما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول أقلني فيقول الآخر أقلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا تصح اللفظين يعبر بهما عن الماضي مثل أن يقول أقلت المبيع فيقول الآخر قبلت اعتباراً بالبيع ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتأمل فلا يكون قوله أقلني مساومة بل كان تحقيقاً للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع

(قوله لان الاقالة وان كان الخ) أقول لتعليل لقوله ولا يشك في المقايضة

## ﴿باب المراجعة والتولية﴾

لما فرغ مما يتعلق بالأصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها مشرع في بيان الأنواع التي تتعلق بالثمن من المراجعة والتولية وغيرها وقد ذكرنا في أول البيوع ووعدا تفصيلها وهذا موضعه وعرف المراجعة بنقل ماملكة بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح واعترض عليه بأنه غير مطرد ولا منعكس أما الأول فلأن من اشترى دنائير بالدرهم مراجعة لا يجوز بيع الدناير مراجعة مع صدق التعريف عليه وأما الثاني فلأن المغصوب لا يبقى إذا عاين بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جازي بعه من الغاصب مراجعة والتعريف ليس بصادق عليه لأنه لا عقد فيه وبأنه مشتمل على إيهام يجب عنه خلو التعريف وذلك لأن قوله بالثمن الأول إما أن يراد به عين الثمن الأول أو مثله لا سيبل (٣٥٣) إلى الأول لأن عين الثمن الأول صار ملكا للبائع الأول فلا يكون عينه مرادا

## ﴿باب المراجعة والتولية﴾

قال (المراجعة نقل ماملكة بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح

ما فرغ في فتاوى فاضليان وغيرها باع أمة فأنكر المشتري الشراء ليجعل للبائع وطؤها إلا أن عزم على ترك الخصومة فجعل له حينئذ وطؤها لآن بجود المشتري فسخ في حقه وإذا عزم على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منهما وكذلك أنكر البائع البيع والمشتري يدعى ليجعل للبائع وطؤها فان ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بذلك حل له وطؤها ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى في أيام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له لأنه أنكر قبض غيرها فان رضى البائع بها حل وطؤها لآن المشتري لما رد أخرى فقد رضى بتلك البائع الثانية بالأولى فإذا رضى البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي وكذا القصار والاسكاف وكذلك لو اشترى شيئا مما يتسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري إلى بيته ليبيعه بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساده كان له أن يبيعه من غيره استخسانا وللمشتري منه أن ينتفع به وإن كان يعلم ذلك لأن البائع رضى بانقضاء البيع الأول والمشتري كذلك ظاهر ثم ينظر أن كان الثمن الثاني أكثر من الأول فعليه أن يتصدق بالزيادة وإن كان انقص فالتقصان على البائع لا على المشتري الأول ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع بأقل من الثمن الأول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل أقلنا به فالقول للمشتري مع عينه في انكاره لا قالة فان كان البائع هو الذي يدعى أنه اشتراه من المشتري بأقل مما باعه والمشتري يدعى الاقالة يتحلف كل على دعوى صاحبه

## ﴿باب المراجعة والتولية﴾

(قوله المراجعة نقل ماملكة بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح والتولية نقل ماملكة بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح) أورد عليه ما لو باع دنائير اشتراها بدرهم مراجعة لا يجوز مع صدق التعريف عليه وأجيب عنه في بعض المواضع بأنه يبيع مراجعة وكونه لا يجوز رضى آخر وأعلم أن معنى السؤال المراجعة جائزة بلا استثناء شيء وهذا مما صدقناه فيجب أن يجوز لكنه لا يجوز والجواب عنه بأن المراد نقل ماملكة مما هو يبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الأول فان كونه مقابله غنما مطلقا فيفسد أن ماملكة بالضرورة مبيع مطلقا ثم انما تجوز المراجعة في ذلك لأن بدل الصنف لا يتعينان فلم تكن عين

في البيع الثاني ولا إلى الثاني لأنه لا يتخلو ما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار الأول ليس بشرط لما ذكر في الإيضاح والمحيط أنه إذا باعه مراجعة فإن كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدرهم من الدراهم أو من غير الدراهم من الدناير أو على العكس أنا كان معلوما يجوز به الشراء لأن الكل غنم والثاني يقتضي أن لا يضم إلى رأس المال أجرة القصار والصباغ والطرار وغيرها لأنها ليست بثمن في العقد الأول على أن الثمن ليس بشرط في المراجعة أصلا فإنه لو ملك ثوبا بهيمة أو وصية فقومه ثم باعه مراجعة على تلك القيمة جاز والمستل في المبسوط قيل فعلى هذا الأولى أن يقال نقل ماملكة من السلع مما قام عنده

هذه

## ﴿باب المراجعة والتولية﴾

(قوله من البيوع اللازمة وغير اللازمة) أقول من الذي فيه الخيار ومن الفاسد (قوله أما الأول إلى قوله فلا لأن المغصوب) أقول المسئلة في فاضليان (قوله وذلك لأن قوله بالثمن الأول الخ) أقول الثمن الأول غير متعين فكيف تكون عينه ملكا للبائع ويشهد عليه تعليل عدم جواز المراجعة في الصرف والأولى أن يقول لا سيبل إلى الأول إذ لا يتصور ذلك (قوله من جنس رأس المال الدرهم) أقول قوله الدرهم بدل من رأس المال (قوله من الدراهم) أقول بيان الجنس (قوله أو من غير الدراهم) أقول عطف على من جنس (قوله من الدناير) أقول بيان لغير (قوله أو على العكس الخ) أقول بأن يكون رأس المال دنائير ولا يجزئ علك أن مانقه له من ذينك الكتائب أنما يدل على عدم اشتراط مماثلة الربح لرأس المال جنسالا على عدم شرطية مماثلة الثمن الثاني للأول في الجنس

والجواب عن الاول اننا انسلم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النفل وعن الثاني بان المراد بالعقد اعم من ان يكون ابتداء او انتهاء واذ ائضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يقدر المالك (٣٥٣) على ردا القيمة واخذ المصنوب

والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع أو قيمته الى رأس المال فكان من جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً عما قام عنده من غير خيانة فتدخل فيه مسئلة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المراجحة فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة (قوله والتولية نقل مملوكة بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) برده عليه ما كان يرد على المراجحة من حيث لفظ العقد والثلث الاول والجواب الجواب (والبيعان جائزان)

(قوله والجواب عن الاول) اننا انسلم صدق التعريف عليه (الخ) أقول فيه بحث فانه لا يجوز البيع الفاسد ويصدق عليه مبادلة المال بالمال ويجوز أن يقال المعروف ههنا المراجحة الصحيحة والمراد بالنقل هو النقل الصحيح الشرعي لان المطلق ينصرف الى الكامل ثم أقول ويمكن أن يجاب عن أصل الاعتراض الاول بأن يقال المراد بما ملكه هو المملوك المعهود الذي كان الكلام الى هنا فيه أعني السلع والمراد

والتولية نقل مملوكة بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) والبيعان جائزان

هذه الدنانير متعينة لتلزم مبيعاً والذي يلزم وروده على التقدير الذي صححناه لا يراد ما اذا اشترا بثلث نسيئة لا يجوز أن يربح عليه مع انه يصدق النفل بالثمن الاول لأن يقال اذا كان فيه أجل فالثمن الاول بمقابلته شئين فلم يصدق في أحدهما أنه يمثل الثمن الاول والحق انه وارد على الطرد وكون المراجحة غير صحيحة هو معنى عدم وجودها شرعاً فيرد السؤال وعلى عكسه مسائل الاولى ما اذا أتى العبد المصنوب فقضى بقيمته على الغاصب ثم عاد للغاصب أن يبيعهه مراجحة على القيمة التي أداها فهذا بيع مراجحة ولا يصدق عليه نقل مملوكة بالثمن الاول وكذا اذا باعه مراجحة بما قام عليه وكذا لو ملكه بهبة وأورث أو وصية وقومه قيمته ثم باعه مراجحة على تلك القيمة انه يجوز وصورة هذه المسئلة ان يقول قيمته كذا أو رقه كذا فأما البحث على القيمة أو رقه ومعنى الرقم ان يكتب على الثوب المشتري مقدار اسواء كان قدر الثمن أو أزيد ثم يراجحه عليه وهو اذا قال رقه كذا وهو صادق لم يكن خائناً فان غبن المشتري فيه فن قبل جهله وأجيب بما حاصله أن الغصب ملحق بالمعاوضات ولذا صح اقرار المأذون به لما كان اقراره بالمعاوضات جائزاً فالقيمة بالقضاء بها بمنزلة الثمن الذي اشتري به وصرح في الفتاوى الكبرى في مسئلة الغصب انه يقول قام على بكذا وجواب الثانية يأتي في هذا الكتاب والثالثة ما ذكرنا من ان مبنى المراجحة على عدم الخيانة وهو اذا قال قيمته كذا أو رقه كذا وهو صادق لم يكن خائناً والحق انه لا يدفع ما على عكس الحد وهو ان المراجحة نقل مملوكة بالثمن الاول مع زيادة ربح ولا ثمن سابق أصلاً والله أعلم وبما يرد أيضاً ما اذا كان رأس المال عبداً مثلاً فباع المبيع مراجحة على العبد من صرا ليه العبد بربح معين فانه يجوز مراجحة ولا يصدق عليه انه يمثل الثمن الاول فانه بعينه لا بمثله ويجب ان هذا العبد في حكم عبداً خروا اختلاف الاسباب بوجوب اختلاف الاعيان (قوله والبيعان جائزان) استدل على جوازهما بالمعنى وعلى التولية بالنص فقال ان النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره وفي التولية أحاديث لا شبهة فيها منها ما أخرج عبد الرزاق أخبرنا معمر عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال التولية والآالة والشركة سواء إلا بأس به ولا خلاف في مرسل سعيد أخبرنا ابن جريج عن ربيعة عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثاً مستقفاً بالمدينة قال من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه ويستوفيه إلا أن يشرك فيه أو يوليه أو يقبله وحديث أبي بكر الذي ذكره المصنف في البخاري عن عائشة وفيه ان أبا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ بأبي أنت وأمي احدي را حلقى هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن أخرجه في يده الخلق وفي مسند أحمد قال صلى الله عليه وسلم قد أخذتم بالثمن وفي الطبقات لابن سعد وكان أبو بكر قد اشتراها بثمانمائة درهم من نعيم بن قشير فأخذ أحدهما وهي القصواء فإرواه المصنف يصح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكر ابن امير في السيرة قال فيها فلما قرب أبو بكر الرا حلقين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أفضلهما ثم قال له اركب فذلك أبي وأمي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أركب بغير اليسرى قال فلهي لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثمن الذي ابتعته به قال كذا وكذا قال قد أخذتم بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبوا وانطلقا ذكر السميلى عن بعض أهل العلم انه سئل لم يقبلها الا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع اليه حينئذ بعائشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا تبني بأهلك يا رسول الله فقال لا لوالصدق قد دفع اليه ثنتي عشرة أوقية ونشأوا والنش هناعشرون درهما فقال انما فعل لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة الى الله تعالى وان يكون على أتم أحوالها وهو جواب حسن

بالعقد الاول العقد المعهود الذي كُنّا نكلم فيه وهو بيع العين بالثمن فان السلم والصرف لم يسبق الكلام فيهما والفرق بين الجوابين ظاهر فان الاول أشمل (قوله واذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً الخ) أقول لا بد للمجاز من قرينة وهي غير ظاهرة هنا

لاستجماع شرائط الجواز ولتعامل الناس من غير انكار ولساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة والصفة كاشفة يحتاج الى ان يعتمد على فعل الذي المهتدى وتطبيب نفسه بمثل ما اشتراه وزيادته ربح وقد صحت التولية من النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكره في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود مقتضى وانتفاء المانع (ولهذا) أي للاحتياج الى الاعتماد كان مبني المبيعين أي بآؤهما ما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها وأكذب قوله والاحتراز عن الخيانة وأصاب لاقتضاء المقام ذلك وعن هذا لم تصح المراجعة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمساواة في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم المساواة بشبهة الخيانة كما لم تجز (٣٥٤) المجازفة في الاموال الربوية لذلك وكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة مما

يحتاط فيه قال (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض بماله مثل الخ) لا تصح المراجعة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا أنفاً ان مبناهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهها والاحتراز عن الخيانة في القيمات ان أمكن وقد لا يمكن ان شبهها لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقبضة ما وقع فيه من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن فيمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري باعه مراجعة ممن ملك ذلك البديل من البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشترط مراجعة ربح معالج من دراهم أو شيء من المكسل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم وأما اذا

لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة يحتاج الى أن يعتمد فعل الذي المهتدى وتطبيب نفسه بمثل ما اشتري وزيادته ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صرح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضى الله عنه بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ولني أحدهما فقال هو لك بعير شي فقال عليه الصلاة والسلام أما بغير غن فلا قال (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض بماله مثل) لانه اذا لم يكن له مثل لوملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة (ولو كان المشتري باعه مراجعة ممن يملك ذلك البديل وقد باعه بربح درهم أو بشي من المكسل موصوف جاز) لانه يقدر على الوفاء بما التزم (وان باعه بربح ده يازده لا يجوز) لانه باعه برأس المال وبيع بعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال

وأما المعنى فهو قوله (لاستجماع شرائط الجواز) ولما لم يكف ثبوت الشرائط في الشرعية أفاد علمها بقوله (والحاجة ماسة الى هذا النوع من التصرف لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة يحتاج الى أن يعتمد) على (فعل المهتدى وتطبيب نفسه بمثل ما اشتري وزيادته ربح فوجب القول بجوازهما) ولا يخفى انه لا يحتاج الى دليل خاص لجوازهما بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقاً بما تراضيا عليه بعد أن لا يحل بماعلم شرط الصحة بل دليل شرعية البيع مطلقاً بشرطه المعلومة هو دليل جوازهما اذ لا زيادة فيهما الا اقتراعهما بأخبار خاص اذ حاله أنه يبيعه بثمن كذا تخبراً بأن ذلك الثمن الذي اشترى به أو مع زيادة لا أرضى بدونها ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض) يعني الثمن (عماله مثل) كالنقدين والخنطة والشعير وما يكال ووزن والعددي المتقارب بخلاف غير المتقارب كالبطيخ والرمان ونحوهما (لانه لو لم يكن له مثل) بان اشترى ثوباً بعبسد مقايضة مثلاً لوراجحه أو لادايه كان يباع بقيمة عبسده كذا أو بقيمة عبسده ابتداء وهي مجهولة وذلك معلوم أنه لا يجوز اذ مالو كان ما اشتراه وصل الى من يبيعه منه فراجحه عليه بربح معين كان يقول أبيعك مراجعة على الثوب الذي يسدك و ربح درهم أو كرشعير أو ربح هذا الثوب (جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزمه) من الثمن بخلاف (مالو باعه) والحالة هذه (ربح ده يازده) فانه لا يجوز لانه باعه برأس المال و يبيع بعض قيمته) فان معنى ده يازده كل عشرة أحد عشر وهذا فرع معرفة عددا العشرات وهو بتقويم العبد وهذا بناء على ان لفظ ده يازده ومعناه العشرة أحد عشر أي كل عشرة ربحها واحد يقتضى ان يكون الحادي عشر من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن لزوم ذلك رفعاً للجهالة ولا يثبت وحينئذ فالمرجحة على العبد بده يازده تقتضى انه باعه بالعبد و يبيعه بعضه أو بمثل بعضه وهو كل عشرة أجزاء من العبد ربحها جزء آخر منه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم أحد عشر لزم حينئذ ما ذكر

اشترى بربح ده يازده مثلاً أي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين درهماً وهو كان الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وبيع بعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البائع بائعاً للبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلاً أو بجزء من احد عشر جزءاً من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز ثم الثمن الاول ان كان نقد البديل فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يجوز لما أن يطلق الربح أو ينسب الى رأس المال فان كان الاول كما اذا قال بعتك بالعشرة و ربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة أو ده يازده فالربح من جنس الثمن الاول لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته

ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والطراز والصبغ والقتل وأجرة حمل الطعام) لأن العرف جارٍ بالحق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الأصل وما عدناه من هذه الصفة لأن الصبغ واخوانه يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة إذا القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا) كي لا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الراعي وكراهيت الحفظ لأنه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف أجرة التعليم لأن ثبوت الزيادة على نفسه وهو حذافته

وهو أنه باع بالعبء وبيع قيمته **ومن فروغ ذلك** اشترى عبدا بعشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد إذا أطلقه لأن الثمن الأول يتعين في العقد الثاني والربح مطلق فينصرف إلى نقد البلد فان نسب الربح إلى رأس المال فقال بعته بربح العشرة أحد عشر أو بربح ده يارزده فالربح من جنس الثمن لأنه عرفه بنسبته إليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال ببلغ قام على بكذا أو باعه بربح مائة أو بربح ده يارزده فالربح ورأس المال على نقد ببلغ الآن يصدقه المشتري أنه قد نيسابور أو توم بينة وإذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد ببلغ ولم يبين رأس المال والربح على نقد نيسابور وان كان على عكسه واشترى ببلغ بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك واعلم أن المعبر في المراجعة ما وقع العقد الأول عليه دون ما دفع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينار أو ثوب بألفه عشرة أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لأن وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال (قوله ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والصبغ) أسود كان الصبغ وغيره (والطراز والقتل وأجرة حمل الطعام) برأ أو بجرا (لأن العرف جارٍ بالحق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار والأصل أن كل ما يزيد في المبيع أو في القيمة يلحق به) أي برأس المال (وما عدناه من هذه الصفة لأن الصبغ واخوانه) من الطراز والقتل (يزيد في العين والحمل) من مكان إلى مكان (يزيد في القيمة لا يختلف القيمة باختلاف الأماكن) قال في الإيضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتشبه في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يتم المواضع كلها (و) إذا ضم ما ذكر (يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا) فحذرنا عن الكذب وسوق الغنم (والبقرة) كالحمل) يضمه (بخلاف أجرة الراعي والبيت للحفظ لأنه لا يزيد في العين) ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم (و) كذا (أجرة تعليم العبد) صناعة أو قرآنا أو علما أو شعرا (لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه) أي في المتعلم (وهو حذافته) فلم يكن ما أنفق على المعلم موجبا للزيادة في المالية ولا يفتي ما فيه إذا شئت في حصول الزيادة بالتعلم ولا شئت أنه مسبب عن التعلم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته إلى التعلم كالأمتنع نسبته إلى الصبغ فانما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وفي المبسوط أضاف نفي ضم المنفق في التعليم إلى أنه ليس فيه عرف قال وكذا في تعليم الغناء والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الأبقار لأنه تادر فلا يلحق بالسائق لأنه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف وتضم أجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البرامكة لا تضم لأن الإجارة على الشراء لا تصح إلا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل إن كانت مشروطة في العقد تضم وقيل أجرة الدلال تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال ونحوها في الدواب وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم إلا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب إلا أن يعود عليه شيء متسول منها كالألبان وأصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما إذا أجرة الدابة أو العبد أو الدار فأخذ

ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والطراز والصبغ والقتل وأجرة حمل الطعام) لأن العرف جارٍ بالحق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الأصل وما عدناه من هذه الصفة لأن الصبغ واخوانه يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة إذا القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا) كي لا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الراعي وكراهيت الحفظ لأنه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف أجرة التعليم لأن ثبوت الزيادة على نفسه وهو حذافته

وهو أنه باع بالعبء وبيع قيمته **ومن فروغ ذلك** اشترى عبدا بعشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد إذا أطلقه لأن الثمن الأول يتعين في العقد الثاني والربح مطلق فينصرف إلى نقد البلد فان نسب الربح إلى رأس المال فقال بعته بربح العشرة أحد عشر أو بربح ده يارزده فالربح من جنس الثمن لأنه عرفه بنسبته إليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال ببلغ قام على بكذا أو باعه بربح مائة أو بربح ده يارزده فالربح ورأس المال على نقد ببلغ الآن يصدقه المشتري أنه قد نيسابور أو توم بينة وإذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد ببلغ ولم يبين رأس المال والربح على نقد نيسابور وان كان على عكسه واشترى ببلغ بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك واعلم أن المعبر في المراجعة ما وقع العقد الأول عليه دون ما دفع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينار أو ثوب بألفه عشرة أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لأن وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال (قوله ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والصبغ) أسود كان الصبغ وغيره (والطراز والقتل وأجرة حمل الطعام) برأ أو بجرا (لأن العرف جارٍ بالحق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار والأصل أن كل ما يزيد في المبيع أو في القيمة يلحق به) أي برأس المال (وما عدناه من هذه الصفة لأن الصبغ واخوانه) من الطراز والقتل (يزيد في العين والحمل) من مكان إلى مكان (يزيد في القيمة لا يختلف القيمة باختلاف الأماكن) قال في الإيضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتشبه في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يتم المواضع كلها (و) إذا ضم ما ذكر (يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا) فحذرنا عن الكذب وسوق الغنم (والبقرة) كالحمل) يضمه (بخلاف أجرة الراعي والبيت للحفظ لأنه لا يزيد في العين) ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم (و) كذا (أجرة تعليم العبد) صناعة أو قرآنا أو علما أو شعرا (لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه) أي في المتعلم (وهو حذافته) فلم يكن ما أنفق على المعلم موجبا للزيادة في المالية ولا يفتي ما فيه إذا شئت في حصول الزيادة بالتعلم ولا شئت أنه مسبب عن التعلم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته إلى التعلم كالأمتنع نسبته إلى الصبغ فانما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وفي المبسوط أضاف نفي ضم المنفق في التعليم إلى أنه ليس فيه عرف قال وكذا في تعليم الغناء والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الأبقار لأنه تادر فلا يلحق بالسائق لأنه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف وتضم أجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البرامكة لا تضم لأن الإجارة على الشراء لا تصح إلا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل إن كانت مشروطة في العقد تضم وقيل أجرة الدلال تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال ونحوها في الدواب وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم إلا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب إلا أن يعود عليه شيء متسول منها كالألبان وأصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما إذا أجرة الدابة أو العبد أو الدار فأخذ

(فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) إما بالبيشة أو باقرار البائع أو بسكوله عن المين (فهو بالخيار عند أي حنيفة ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف يحط فيهما) أي في المراجعة والتولية (وقال محمد يخير فيهما) لمحمد أن الاعتبار (٣٥٦) للتسمية لان الثمن يجب أن يكون معلوما ولا يعلم إلا بالتسمية واذا كان الاعتبارها

يتعلق العقد بالمسمى (والتولية والمراجعة ترغيب وترويح فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة) وفواته يوجب التخيير (ولابى يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه مراجعة وتولية) لا التسمية ولهذا وقال وليتلك بالثمن الاول أو بعثك مراجعة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر على التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطلت صلاحيتها لذلك فبقى ذكر المراجعة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فيحط الخيانة في الفصلين جميعا غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المراجعة من رأس المال والربح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهما فيأخذ الثوب باثنى عشر درهما (ولابى حنيفة انه لولم يحط في التولية لا تبقى تولية) لانها تكون بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز

فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة فهو بالخيار عند أي حنيفة رجحه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه (وان اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف رجحه الله يحط فيهما وقال محمد رجحه الله يخير فيهما) لمحمد رجحه الله ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمراجعة ترويح وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بقواته ولا يوجب رجحه الله ان الاصل فيه كونه تولية ومراجعة ولهذا ينفع بقوله وليتلك بالثمن الاول أو بعثك مراجعة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالخط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المراجعة منه ومن الربح ولا يوجب رجحه الله انه لولم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير النصف فعين الخط وفي المراجعة لولم يحط تبقى مراجعة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير النصف فأمكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرد أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن

أجرته فانه يباح مع ضم ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا دجاجة أصاب من بيضها يحبس بماله وبما انفق ويضم الباقي وتضم أجرة التخصيص والتطين وحفر البئر في الدار والقناة في الارض ما بقيت هذه فان زالت لا تضم وكذا سقي الزرع والكرم وكسبه ولو قصر الثوب بنفسه أو طين أو عمل هذه الاعمال لا يضم شيئا منها وكذا الوطوق متطوع به هذه الاعمال أو باعارة (قوله فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) إما باقرار البائع أو بالبيشة أو بسكوله عن المين وقد ادعاه المشتري هذا على المختار وقيل لا تثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة منافض فلا يتصور بيينة ولا تسكول والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الخط فانه تسمع (فهو بالخيار عند أي حنيفة رجحه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه) وان اطلع عليه في التولية يحط قدرها (وقال أبو يوسف يحط فيهما) أي في المراجعة والتولية وهو قول الشافعي (وقال محمد يخير فيهما) وهو قول الشافعي رجحه الله تعالى (لمحمد أن الاعتبار فيهما ليس الا للتسمية) لان الثمن به يصير معلوما وبه ينعقد البيع ولا خيار بانه الثمن الاول فيه ما لا يتعلق بالانقضاء به انما هو (ترويح وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه) كوصف الكتابة والخياطة (فبقواته) بظهور أن الثمن ليس ذلك (يتخير ولا يوجب رجحه الله ان الاصل فيه) أي في عقد المراجعة والتولية (كونه تولية ومراجعة) وذلك بالبناء على الثمن الاول فيتعلق به العقد باعتباره تولية ومراجعة عليه (وذلك بالخط غير انه يحط في التولية مقدار الخيانة من رأس المال وفي المراجعة يحطه منه ومن الربح) على نسبه حتى لو ربح في ثوب على عشرة بخمسة فظهر أن الثوب بثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن درهمين من رأس المال ومن الربح خمسة وهو درهم (ولابى حنيفة) في الفرق بينهما كما قال أبو يوسف في التولية وهو (أنه لولم يحط فيها لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول) والعقد انما يتعلق باعتبارها فيتغير النصف الى بيع آخر بمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الاخر (و) أما (في المراجعة لولم يحط) لا يخرج عن كونها مراجعة لتغير النصف (وان كان يتفاوت الربح) فانه يظهر أن الربح أكثر مما ظنه المشتري (فأمكن القول) ببقاء العقد ولكن يتغير ما ذكره من قوت الوصف المرغوب فيه (فلوهلك) المبيع (قبل أن يرد) أو استهلكه (أو حدث فيه ما يمنع الفسخ) لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن

أن لا تبقى تولية لثلاثين غير ان يتغير النصف في المراجعة لولم يحط تبقى مراجعة كما كانت من غير تغير كخيار الصرف لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لقوات الرضا فلو هلك المبيع قبل أن يرد أو استهلكه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المراجعة فن قال بالخط كان له الخط (ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن

كخيار الشرط والرؤية وقد عذر الرد بالهلاك أو غيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لأجل العيب لأن المستحق للشئ غنة المطالبة بتسليم الجزء الفائت (٢٥٧) فسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه

وقيد بالرؤية والظاهر احترازاً عما روى عن محمد في غير رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن دفعاً للضرر عن المشتري قال (ومن اشترى ثوباً بفاعه برمج ثم اشتراه ببيعة مرجحة طر ح عنه كل ربح كان قبل ذلك فإن كان استغرق الثمن لم يبيعه مرجحة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يبيعه مرجحة على الثمن الأخير) صورته إذا اشترى ثوباً بعشرة وباعة بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرجحة بخمسة ويقول قام على خمسة ولو اشتراه بعشرة وباعة بعشرين مرجحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرجحة أصلاً وعندهما يبيعه مرجحة على العشرة في الفصلين لهما أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المراجعة عليه كما إذا تخلل ثالث ولا يبي حنيفة رحمه الله أن شبه حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب الشبهة كالحقيقة في بيع المراجعة احتياطاً

كخيار الرؤية والشرط) وفيه ما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد (بخلاف خيار العيب) لأن المستحق فيه جزء فائت يطالب به (فيسقط ما يقابله إذا عجز عن تسليمه) وأما على قول أبي يوسف فلو هلك المبيع أو انتقص يحط وقوله في الروايات الظاهرة احتراز عما عن محمد من غير رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن حتى يتدفع الضرر عن المشتري بناء على أصله في مسألة التحالف بعد هلاك السلعة أنه يفسخ بعد التحالف دفعاً للضرر عن المشتري ويرد القيمة ويسترد الثمن (قوله ومن اشترى ثوباً بفاعه برمج ثم اشتراه) من الذي باعه منه بمثل ما باعه (فإن باعه مرجحة طر ح عنه كل ربح كان قبل ذلك فإن كان) الربح (استغرق الثمن لم يبيعه مرجحة) (الآن يبين) (هذا عند أبي حنيفة) وهو مذهب أحمد (وقال أبو يوسف ومحمد يبيعه مرجحة على الثمن الأخير) وهو قول الشافعي ومالك رحمه الله (صورته إذا اشترى ثوباً بعشرة وباعة بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة) من باعه منه بعد التقابض فإنه يطرح عن هذه العشرة التي اشتراها بمنه الخمسة التي ربحها (فيبيعه مرجحة) على خمسة (ويقول قام على خمسة ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين مرجحة ثم اشتراه) من باعه منه (بعشرة لا يبيعه مرجحة أصلاً) الآن يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشترى به بعشرة وأنا أبيع به برمج كذا على هذه العشرة (وعندهما يبيعه مرجحة على) الثمن الأخير وهو (عشرة في الفصلين) من غير بيان (لهما أن العقد الثاني) وإن كان من كان باعه منه فهو (عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول) ولذا لو كان في الأول خيار لا يكون في الثاني وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله مرجحة أو وصيعة ولذا لو كان أصله هبة أو ميراثاً فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه مرجحة على الثمن الأخير ولا يعتبر ما كان قبله ولا لم تجز المراجعة أصلاً وهذا لأن بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الأول لأن اختلاف الأسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار (كالتخلل ثالث) بأن اشترى بعشرة من اشترى من المشتري منه بعشرين (ولا يبي حنيفة أن شبه حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد بعد ما كان على شرف السقوط) (ما كان على شرف السقوط) من ذلك الربح (بأن يظهر) المشتري (على عيب) فبيده فيزول الربح عنه فإذا اشتراه منه تأكد أي تقرر ملكه لذلك الربح ولتأكد كيد في بعض المواضع حكم الإيجاب كافي بشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف للمهر لتأكد كيدهم ما كان على شرف السقوط بتقيل ابن الزوج أو بارتداد وعلى اعتبار التأكد كيد يصير البائع في مسئلتهما مشترياً بالعقد الثاني ثوباً وخمسة دراهم بعشرة دراهم فيكون الخمسة بازاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب (لأن الشبهة في المراجعة ملحقة بالحقيقة احتياطاً في بيع المراجعة

العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول) وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المراجعة عليه كما إذا تخلل ثالث بأن اشترى من مشتري مشتريه (وقال أبو حنيفة شبهة حصول الربح) الحاصل بالعقد الأول ثابتة (بالعقد الثاني لأنه كان على شرف السقوط) بأن يشتري من المشتري تأكد كيد عليه ببيع فاذا اشتراه من المشتري تأكد كيد ما كان على شرف السقوط ولتأكد كيد في بعض المواضع حكم الإيجاب كافي بشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف للمهر لتأكد كيدهم ما كان على شرف السقوط بتقيل ابن الزوج أو بارتداد وعلى اعتبار التأكد كيد يصير البائع في مسئلتهما مشترياً بالعقد الثاني ثوباً وخمسة دراهم بعشرة دراهم فيكون الخمسة بازاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب (لأن الشبهة في المراجعة ملحقة بالحقيقة احتياطاً في بيع المراجعة

(٣٣ - فتح القدير خامس) (قوله شبهة حصول الربح الحاصل إلى قوله بالعقد الثاني) أقول قوله بالعقد الثاني متعلق بحصول (قوله لأنه كان على شرف السقوط الخ) أقول سيحوي نظيره في كتاب الأكرام

ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب من أجله على العشرة لأن الصلح مبناه على التجوز والخطيئة ولو وجدنا خط حقيقة ما جاز البيع من أجله فكذا إذا تمكنت الشبهة وعورض بأنه لو كان كذلك ما جاز الشراء بعشرة فيما إذا باعه بعشرين لأنه يصير في الشراء (٣٥٨) الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول

الثوب بلا عوض وأجيب بأن التأكيد له شبهة الإيجاب في حق العباد احتراز عن الخيانة على ما ذكرنا في حق الشرع وشرعيته جواز المراجعة لمعنى راجع إلى العباد فيؤثر التأكيد في المراجعة وأما جواز البيع وعدمه في شبهة الربا في حق الشرع فلا يكون لأننا كيد فيه شبهة الإيجاب كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكيد حصل بغيره ولم يستفد ربح الأول بالشراء الثاني فانتفتت الشبهة قال (وإذا اشترى العبد المأذون) وإذا اشترى العبد المأذون (له في التجارة ثوبا بعشرة) والحال أنه مدين بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإن المولى يبيعه من أجله على عشرة وكذا إن كان المولى اشتراه وباعه من العبد لأن في هذا العقد أي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي وهو يتعلق حق المولى بعمال العبد وفيل كون العبد

ولهذا لم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الخطيئة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح عنه خمسة بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكيد حصل بغيره قال (وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة) وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه من أجله على عشرة وكذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد لأن في هذا العقد شبهة العدم بجوازه مع المنافي فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار الأول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني

ولهذا لم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الخطيئة لأن الغالب في الصلح ذلك فيجب أن يبيعه من أجله على خمسة فإن قيل لو كان كذلك ينبغي أن لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين لأنه على هذا التفسير يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض أجيب بأن التأكيد إنما حصل بشبهة الإيجاب احتراز عن الخيانة وذلك يتحقق بالنسبة إلى العبد لا بالنسبة إلى الشرع وشرعية المراجعة لمعنى راجع إلى العباد لا للشرع ولهذا إذا رضی المشتري به وقد علم بجوز ولو كان لحق الشرع لم يجز بتراضيهما كما في الربا لرضاه به وأورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه من أجله بعشرة وأجيب بأنه ممنوع في رواية وبمقتضى التسليم فالبيع الثاني وإن كان يتأكد كذبه انقطاع حق الواهب في الرجوع ولكنه ليس بحال ولا تثبت هذا لو كاله إلا في عقد يجري فيه الربا وأيضاً ليس فيه معنى يزداد في الثمن بخلاف ما إذا باعه بثلثي حال من أجله بعد ما اشتراه بذلك الثمن مؤجلاً لأنه معنى يزداد في الثمن وبخلاف ما إذا باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه من أجله على عشرة لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الأول ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المراجعة ولذا قلنا لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثلثي واحد ليس له أن يبيع بعضها من أجله على حصص من الثمن لأن ذلك لا يكون إلا باعتبار القيمة وتعيينها لا يتخلو عن شبهة الغلط خلافاً للشافعي في ذلك (وبخلاف ما لو تخلل ثالث) لتأكيد الربح بالبيع من الثالث ووقع الأمن من البطلان به فلم يستفد المشتري الأول بالشراء الثاني تأكيد الربح وهذا بخلافه (قوله وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة) وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه أي المولى (يبيعه من أجله على عشرة وكذلك إذا كان المولى اشتراه) بعشرة (فباعه من العبد) بخمسة عشر يجب أن يبيعه العبد من أجله على عشرة (لأن في هذا العقد) أعني الذي جرى بين العبد والمولى وإن كان صحيحاً لا فائدة ما لم يكن من كسب العبد في كسبه ويسلم للمولى من كسبه ما لم يكن سالماً (فله شبهة العدم) لأن الحاصل للعبد لا يتخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى أن يسبق ما في يده لنفسه ويقضى دينه من عنده وكذلك في كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة إذا عجز فرد في الرق فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه أو اشترى ملك نفسه لنفسه ولكن للفائدة التي ذكرناها صحتها فظهر أنه جائز (مع المنافي) وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين (فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار الأول) وهو الكائن بعشرة (فيصير كأن العبد اشتراه بعشرة لأجل المولى في الفصل الأول) وهو ما إذا اشتراه العبد وباعه من المولى (وكان يبيعه) (المولى في الفصل الثاني) وهو

ما إذا

ملك للمولى ولهذا كان له أن يقضى الدين ويتفرد بكسب عبده فصار كالبايع

من نفسه فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة لجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة وإذا عديم البيع الثاني لا يبيعه من أجله على الثمن المذكور فيه

وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما يقيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لانه لا يبيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لامتلاك الرقبة ولا ملك التصرف هكذا قيد محمد رحمه الله في الاصل وكذا فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضيان ولم يقيد الطحاوي والعتابي والحق قيد لما ذكرنا قال (وان كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف) اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف (فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال (٣٥٩) بخمسة عشر فانه يبيعه مائة

بائني عشر ونصف) لان مبيع هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهها وفي بيعه مائة على خمسة عشر شبهة خيانة (لان هذا

البيع) أي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عند عدم الرجح خلافا لفرقة شبهة العدم وجه قول زفر ان البيع مبادلة المال بالمال وهو انما يتحقق بغيره لا بآمال نفسه فلا يكون البيع موحدا وجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فان فيه استفادة ولاية التصرف لان التسليم الى المضارب انقطع ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالشراء من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود اذا كان مشتملا على الفائدة فيعقد لان الانعقاد يتبع الفائدة ألا ترى أنه اذا جع بين عبده وعبده فاشترى مائة مائة واحدة جاز البيع فيها ودخل لغيره في عقده لفائدة انقسام الثمن وأما ان فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر وقد استوضحه

فيعتبر الثمن الاول قال (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مائة بائني عشر ونصف) لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الرجح خلافا لفرقة الله مع انه اشترى ماله بماله لمافية من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه

ما اذا باعه المولى من عبده (فكان المعتبر الثمن الاول) وهذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب اذا كان المأذون مكتوب السيد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة بقيد انما اعتبر عدم المراجعة لالكونه معدوما من وجه وسببه ان المراجعة بيع أمانة تنفي عنه كل تهمة وخيانة والمساخة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فيتم بانه اشتراه منه بزيادة أو باعه منه كذلك ولهذا قال أبو حنيفة اشترى شيئا من أبيه أو أمه أو ولده أو اشترى هو لانه لا يبيع واحد منهم مائة على الثمن الذي قام على البائع الآنهم ما خلا في هذه فقالا يبيعه مائة على ما اشتراه من هؤلاء لتباين الاملاك والحقوق فكانا كالاخوين وأبو حنيفة يقول ما يحصل لكل من هؤلاء كأنه لا يخرج من وجهه ولهذا لا تقبل شهادة أحدهم للآخر ونجى المساخة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا ثم القيد المذكور وهو كونه مديونا بما يحيط برقبته مصرح به في الجامع من رواية محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة والشافعي في تقرير هذه المسئلة منهم من ذكره كقاضيان ومنهم من لم يقيد بالحيط كالصدر الشهيد فقال عبدا مؤذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط ومنهم من لم يذكر الدين أصلا كشمس الأئمة في المبسوط فقال اذا اشترى من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبده ولا شك ان ذكره وعدمه في الحكم المذكور سواء بل اذا كان لا يراجح الأعلى الثمن الاول فيما اذا كان عليه دين محيط مع انه أجني من كسبه فلان لا يرجح الأعلى فيما اذا لم يكن عليه دين أولى لانه حينئذ لا ينفك العقد الثاني أصلا انما يبيع ماله من نفسه أو يشتريه وانما فائدته لتبوت صحة العقد الثاني وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف ولو اشترى من شريكه ساعة ان كانت ليست من شركته ما يراجح على ما اشترى ولا يبين وان كانت من شركته ما فانه يبيع نصيب شريكه على ضمانته في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانته في الشراء الاول نحو ان تكون السلعة اشترى ب ألف من شركته ما فاشترى ما أحدهما من صاحبه بألف ومائتين فانه يبيعه مائة مائة على ألف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول خمسمائة فيبيعه مائة على ذلك ومنه مسألة الكتاب التي ذكرها بقوله (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مائة بائني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الرجح خلافا لفرقة الله مع انه اشترى ماله بماله وهو وجه المنع لفرق لكتنا أجزاء (لمافية من) فائدة (استفادة ولاية التصرف وهو المقصود) بعد ما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم الى المضارب (والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى انه) أي المضارب (وكيل عنه) أي عن رب المال (في البيع الاول من وجه) وذلك يمنع صحة بيعه منه كالأبيض بيع الوكيل من موكله ما وكله بشرائه لانه ماله وتصرفه فيه جائز

المصنف بقوله ألا ترى انه يعنى المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه

(قوله وانما يقيد بالدين المحيط برقبته الى قوله والحق قيد لما ذكرنا) أقول وانما لم يقيد اذا لم يدخل له في حق حكم المذكور وهو عدم جواز بيعه مائة على الثمن الاول وانما فائدته لتبوت صحة العقد الثاني وعدمه تأمل ثم في قوله والصدر الشهيد بحث وان شئت فعليك بمطالعة نهاية البيان

وعلى هذا وجب أن لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما وكله فيه وإذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالعدم في حق نصف الربح لأن ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازاً عن شبهة الخيانة ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مراحمة على ذلك قال (ومن اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري) بأفقه سماوية أو بفعل الجارية نفسها (أو وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء (جازله أن يبيع مراحمة ولا يجب عليه البيان) لعدم احتباس ما يقابلها الثمن لما تقدم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن (قوله ولهذا) توضيح لقوله لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابلها الثمن ولهذا الوفاة العين قبل التسليم إلى المشتري لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع إذا لم ينقصها الوطء لا يقابلها شيء من الثمن وعورض بأن منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل أن المشتري إذا وطئها ثم وجد بها (٣٦٠) عيباً لم يتمكن من الرد وإن كانت ثيباً وما ذلك إلا باعتبار أن المستوفى من الوطء بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري وأجيب بأن عدم جواز الرد باعتبار أنه إن ردها فإما أن يردّها مع العقر أو بدونه لا سبيل إلى الأول لأن الفسخ يرد على ما ردد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملك البائع ويسلم الوطء للمشتري مجافاً للوطء يستلزم العقر عند سقوط العقر لا باعتبار احتباس جزء من المبيع (وعن أبي يوسف أنه لا يبيع في الفصل الأول) أي في صورة الأعور (من غير بيان) كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه أن الأوصاف حصّة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعب بأفقه سماوية أو بضع العباد (وأما إذا فاقها عن غيرها) راجع إلى أول المسئلة وفي بعض النسخ قلنا فيكون جواب القول أبي يوسف والشافعي رجهما الله يعني إذا فاقها المشتري عنها (بنفسه أو فاقها أجني) سواء (و) من كان بأمر المشتري أو غيره وجب البيان عند البيع مراحمة لأنه صار مقصوداً بالاتلاف أما إذا كان بأمر المشتري فلا نه كفعل المشتري بنفسه وأما إذا كان بغير أمره فلا نه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري جاسداً لجزء من المعقود عليه فيمنع المراحمة بدون البيان وعبرة المصنف بتدل النصيص على أخذ ردها وهو المذكور في لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال في النهاية كأن ذكر الارش وقع اتفاقاً لأنه لما فاقها الأجني وجب عليه ضمان الارش وجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فأخذ حكمه ثم قال والدليل على هذا إطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لأخذ الارش وذكر نقل المبسوط كذلك (وكذا إن وطئها وهي بكر) لا يبيعها مراحمة إلا بالبيان (لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها) فلا بد من البيان

فاعتبر البيع الثاني عدماً في حق نصف الربح قال (ومن اشترى جارية فاعورت أو وطئها وهي ثيب يبيعها مراحمة ولا يبين) لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابلها الثمن لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا الوفاة قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما إذا لم ينقصها الوطء وعن أبي يوسف رجه الله في الفصل الأول أنه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله (فأما إذا فاقها عن نفسها أو فاقها أجني فأخذ ردها لم يبيعها مراحمة حتى يبين) لأنه صار مقصوداً بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى إذا اشترى لا يجوز حجب رب المال عليه في البيع ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطؤها وإن لم يكن في المال ربح (فاعتبر البيع الثاني عدماً في حق نصف الربح) الذي هو حصّة رب المال بمثل ما ذكرنا في التي قبلها فيبيعه على أقل الثمنين للاحتياط وعلى حصّة المضارب من الربح لأن المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الأجني فلا يثم فيه ولو اشترى بأسلعة فاقسماها فأراد أحدهما أن يبيع نصيبه مراحمة على حصّة من الثمن إن كانت القسمة استيفاءً محضاً كالكيلى والوزنى والعسدي المتقارب جاز يبيعه مراحمة وإن كانت مبادلة كالاشياء المتفاوتة لم يجوز بيعه مراحمة لا بتناثه على التقويم وهو ممتنع في المراحمة كما ذكرنا (قوله ومن اشترى جارية فاعورت) أي من غير صنع أخذ بل بأفقه سماوية أو بصنعها بنفسها (يبيعها مراحمة ولا يبين) أنه اشترى بذلك الثمن وليس بها هذا العور (و) كذا لو (وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء وهذا (لأن الأوصاف لا يقابلها) جزء من (الثمن) لأنها تابعة لما تمكن مقصودة بالاتلاف (ولهذا الوفاة قبل التسليم) إلى المشتري بعد العقد (لا يسقط شيء من الثمن) وكذلك منافع البضع لا يقابلها الثمن وعن أبي يوسف في الفصل الأول وهو ما إذا عورت الجارية (أنه لا يبيع) مراحمة (من غير بيان) كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي (وزفر) والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله (وأما إذا فاقها عن نفسها أو فاقها أجني) بأمر المشتري أو بغير أمره (فأخذ ردها لم يبيعها مراحمة حتى يبين) والتقييم بدقها المشتري والأجني احترازاً عن الوفاة عيناً بنفسها فإنه كالأفقه سماوية لأنه هدر فلا يكون المشتري جاسداً شيئاً وأخذ الارش ليس بقيد بل إذا عورها الأجني لا يراجح الايمان لتحقيق وجوب الضمان والفرق لنا (أنه صار مقصوداً بالاتلاف) نخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره (فيقابل يبيع الثمن) وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها

النسخ قلنا فيكون جواب القول أبي يوسف والشافعي رجهما الله يعني إذا فاقها المشتري عنها (بنفسه أو فاقها أجني) سواء (و) من كان بأمر المشتري أو غيره وجب البيان عند البيع مراحمة لأنه صار مقصوداً بالاتلاف أما إذا كان بأمر المشتري فلا نه كفعل المشتري بنفسه وأما إذا كان بغير أمره فلا نه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري جاسداً لجزء من المعقود عليه فيمنع المراحمة بدون البيان وعبرة المصنف بتدل النصيص على أخذ ردها وهو المذكور في لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال في النهاية كأن ذكر الارش وقع اتفاقاً لأنه لما فاقها الأجني وجب عليه ضمان الارش وجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فأخذ حكمه ثم قال والدليل على هذا إطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لأخذ الارش وذكر نقل المبسوط كذلك (وكذا إن وطئها وهي بكر) لا يبيعها مراحمة إلا بالبيان (لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها) فلا بد من البيان

(ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأرأى حرق نار) و لو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه  
مراجعة حتى بين) والمعنى ما ينه

(و) من هذا (ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأرأى حرق نار) أو طعما متغير (بيعه مراجعة من غير بيان)  
وقرض بالقاف وذ كر أو اليسر بالقاف (ولو تكسر) الثوب (بطيه ونشره) لزمه البيان لأنه بقوله قال  
الفقيه أبو الليث وقول زفر أجد وبه نأخذ واختياره هذا حسن لأن مبنى المراجعة على عدم الخيانة  
وعدم ذكره أنها انتقصت إيهام المشتري أن الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها  
صحيحة لم يأخذها معيبة إلا بحطية وقد ذكر أول الباب أن سبب شرعية المراجعة اعتماد الفقيه أن الثمن  
قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها به مع زيادة ثمنه لظنه أنه قيمتها وهذا يبين أنه لا يروم  
شراؤها إلا بقيمتها كي لا يغبن وأنه لو علمه لم يرض فكان سكوتة تقريرا له وقريب من هذا ما روى هشام عن  
محمد أن ذلك إذا انتقص العيب شيئا يسيرا فإن نقصه قدر لا يتعان فيه لا يبيعه مراجعة يعني بلا بيان لكن  
قولهم هو كالوغير السهر بأمر الله تعالى فإنه لا يجب عليه أن يبين أنه اشتراه في حال غلته وكذا الوصفة  
الثوب أطول مكنه أو توسخ الزام قوي واستشكل على قوله القائل وصف لا يقابل شي من الثمن المشتري  
بأجل فإن الأجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مراجعة بلا بيان أجيب بأن الأجل يعطى لأجله جزء من  
الثمن عادة فيكون كالجزء فيلزمه البيان وعلى قوله منافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن ما إذا اشترى جارية  
فوطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من ردها وإن كانت ثيبا وقت الشراء وذلك لا اعتبار المشتري بالوطء  
حاسباً جزأ من المبيع عنده وأجيب بأن عدم الرد في هذا ليس لما ذكر بل لأنه لو ردها فاماع العقر  
استتراها عن الوطء مجازاً أو من غير عقر لا وجهه إلى الأول لعدم الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لأنه  
لا يرد على الزيادة ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملكه ويسلم المشتري الوطء بلا عوض باعتبار البيع  
وذلك لا يجوز بخلاف الواهب إذا رجع بعد ووطء الموهوب له حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شيء لأنها  
تسلم كلها للموهوب له بلا عوض فيجوز أن يسلم له الوطء بلا عوض ولا يجوز في ضرورة البيع أن يفسخ  
البيع ويسلم للمشتري أو للبائع زيادة متولدة من العين أو شيء وجب بالتلاف العين كالولد والارث والعقر  
فكذا الوطء (فروغ) لو أصاب من غلة الدار أو الدابة شيأ راجع بلا بيان لأن الغلة ليست متولدة من  
العين إنما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المراجعة بخلاف ما لو أصاب من لبن الغنم  
وصوفها فإنه إذا راجع يسقط من رأس المال قدر ما أصاب من ذلك ويقول قام على بكذا وتقدم أنه إذا  
أنفق في طعام الرقيق والدواب أنه يضمنه في غير السرف ولو ولد الجارية أو الغنم أو أثمر التخليل يبيع  
الأصل مع الزيادة مراجعة لأنه لم يجبس شيأ من العقود عليه ولأن نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة  
تجبره ولو استهلك المشتري الزيادة لم يبيع الأصل مراجعة حتى يبين ما أصاب منها لأنها متولدة من العين  
والتولد كجزء المبيع وكذا إذا استهلك الألبان والسمن فإنه لا يراجع إلا ببيان وفي المبسوط اشترى نصف  
عبد بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعاه مراجعة أو تولية أو وصية فالثمن بينهما ثلاثاً ولو باعاه  
مساومة يكون بينهما نصفين لأن المسمى فيه بمقابلة الملك ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب وبيعهما  
في العبد سواء بخلاف تلك العقود فإن الثمن فيها مبني على الأول ولو حط البائع الأول من الثمن بعد  
مبايعه المشتري مراجعة فإنه يحط بذلك من المشتري الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولا حط ذلك  
عندنا وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء وأصله أن الحط يلتحق بأصل العقد عندنا  
وعنده لا بل هو به مبتدأ لاتم إلا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كأن العقد عقد مجلئ فيثبت  
ذلك في حق الشفيع والموكل وهذا بخلاف ما لو حط الكل في المراجعة والتولية فإن له أن يراجع على

(ولو اشترى ثوبا فأصابه  
قرض فأر) بالقاف من  
قرض الثوب بالمقراض  
إذا قطعه ونص أبو اليسر  
على أنه بالقاف (أو حرق نار) جاز  
أن يبيعه مراجعة من غير  
بيان لأن الأوصاف تابعة  
لا يقابلها الثمن (ولو تكسر)  
الثوب (بنشره وطيه لا يبيعه  
مراجعة) بلا بيان لأنه صار  
مقصوداً بالتلاف وقوله  
( والمعنى ما ينه ) إشارة إلى  
هذين الدليلين

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين) ذلك للمشتري (فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان الاجل لا جل فيها بالمبيع) فانه يراعى في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقه بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مربحة وبختمها والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونقض بأن الغلام السليم الاعضاء يراعى في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فانت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما في مسئلة اعور رار العين وأجيب بأن الزيادة هناك ليست منصوصا عليها أنهم في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو أن يقول ان أجلتي مدة كذا فتمنه يكون كذا بزيادة مقدارة ثبتت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة (٢٦٢) الاعضاء وسيشير المصنف الى هذا بقوله ولولم يكن الاجل مشروطا في

العقد وان هلك المبيع أو استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة لان الاجل لا يقابل شي من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعته بربح مائة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فأما ان يسقط شي من الثمن بعد الهلاك فلا واللكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل قال (وان كان ولاه اياه) يعني أن التولية كالمرا بحة فيما اذا علم المشتري انه كان اشتراه باجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرا بحة لتكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان (وان كان استهلكه ثم علم) بالخيانة (لزمه بألف حالة لما ذكرنا) أن الاجل لا يقابل شي من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف انه رد القيمة

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل) لان الاجل لا جل فيها بالمبيع الا يرى انه يراعى في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقه بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مربحة وبختمها والمرابحة توجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت بخير كافي العيب (وان استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة) لان الاجل لا يقابل شي من الثمن قال (فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء) لان الخيانة في التولية مثلها في المرا بحة لانه بناء على الثمن الاول (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة) لما ذكرناه وعن أبي يوسف رحمه الله انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولولم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجى معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال

كل الثمن ويوليه (قوله ومن اشترى غلاما) أو غيره (بألف نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين) أنه اشتراه نسيئة بالالف (فعلم المشتري) بذلك (له الخيار) ان شاء رده وان شاء قبل (بالالف والمائة حالة وانما ثبت له الخيار) لان الاجل لا جل فيها بالمبيع الا يرى انه يراعى في الثمن لاجل الاجل والشبهة ملحقه بالحقيقة فكان كأنه اشترى شيئين) بالالف (وباع أحدهما) به على وجه المرا بحة وهذا خيانة فيما اذا كان مبيعا حقيقة فاذا كان أحد الشئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقه بالحقيقة في المرا بحة (فاذا ظهرت بخير) على ما عرف من مذهب أبي حنيفة ومحمد ولو فرغ على قول أبي يوسف ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا يراعى لاجل الاجل هذا اذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع (فلو علم) بعد ما هلك أو استهلكه (لزمه بألف ومائة حالة لأن الاجل لا يقابل شي) حقيقة والذي كان ثابتا له مجرد رأي وقد تعذر بعد هلاكه وهكذا (لو كان ولاه اياه ولم يبين) أنه اشتراه الى أجل فعلم المشتري قبل الهلاك يعني ثبت له خيار الرد وقوله بالالف حالة ولو فرغ على قول أبي يوسف ينبغي أن يفعل ما ذكرنا (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرنا) من أن الاجل لا يقابل شي من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف أنه) بعد الهلاك (ي رد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير) قوله (في ما اذا استوفى) صاحب الدين من دائته (مكان) الدين (الجياد زوف) وهو لا يعلم بزيافتها حتى أتفقها فانه عند أبي يوسف يرد مثلها من الزوف ويسترد الجياد (وسيأتيك) ان شاء الله تعالى في مسائل منثورة (وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما) على البائع قاله الفقيه أبو جعفر الهندواني (ولم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد للتخيم قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن) ما كان الا (حالا) في العقد أما لو فرضنا أنه باعه بلا شرط

ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسيأتيك من بعد في مسائل منثورة اجل قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه أبو الليث روى عن محمد انه قال للمشتري أن يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على أصله في التحالف مستقيم فانه أقام القيمة مقامه وقيل هو قول أبي جعفر البخاري (يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولولم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجى) معتاد كعادة بعض البلاد يشترطون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر ما جله أو منجى ما قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال

(قوله وسيشير المصنف الى هذا بقوله ولولم يكن الاجل الخ) أقول في الاشارة خفاء

قال (ومن ولي رجل اشيا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد) لجهالة الثمن (فان أعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه) لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره يبيع الشيء برقه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

أجل فلم ينقده الى شهر مطا فلا شك انه يبيعه مرابحة بالالف (قوله ومن ولي رجل اشيا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان أعلمه البائع يعني في المجلس) ما قام به عليه (فهو بالخيار ان شاء رد البيع وان شاء قبل لان الفساد) وان كان في صلب العقد ولكنه (لم يتقرر) انما يتقرر بعضي المجلس وهذا بين ان هذا العقد ونحوه من البيع برقه قبل معرفة الرقم ينقذ فاسداله عرضية الصحة وهو الصحيح خلافا لما روي عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد ولما كان المجلس جامعا لتفرقات يعتبر الواقع في أطرافه كالواقع معا كان تأخير البيان أي بيان قدر الثمن (كتأخير القبول الى آخر المجلس) فانه يجوز ويصل بالايجاب السابق أول المجلس كذا هذا يكون سكوتة عن تعيين الثمن في تحقق الفساد موقوف الى آخره فان تبين فيه اتصال بالايجاب الذي سكت فيه عنه وان انقضى قبله تقرر الفساد فلا يتقلب بعده صحيحا (وانما يتخير) بعد العلم في المجلس (لان الرضا لم يتم قبله) فلم يتم البيع (كافي خيار الرؤية) لم يتم الرضا قبل الرؤية فمعد وجودها يتخير (فروع) اشترى ثوبا ليس له أن يراج على ذراع منه لان الثمن لا ينقسم على ذراعائه ولو راج على ماله نسبة معلومة منه كنصفه ثلثه عنه جاز ولو اشترى نصف عبدة ثم اشترى النصف الاخر عما تبين له أن يبيع أي النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه به وان شاء باع كله مرابحة على ثلثمائة ويقول قام على بكذا ولو هب له البائع الثمن كله فله أن يراج على الثمن كله ولو هب له أوسط عنه بعضه ليس له أن يراج الا على ما بقي ولو باعه بالثمن عرضا أو أعطى به رهنا فهاك كان له أن يراج على الثمن لانه صار قابضا له بهذا الطريق ولو اشترى بعشرة جياد ونقده ز يوافق تجوز بها البائع فله أن يراج على عشرة جياد ولو هب ما اشتراه بعشرة ثم رجع فيه له أن يبيعه مرابحة على العشرة وكذا ان باعه ثم رد عليه ببيع أو فساد يبيع أو خيار أو اقاله له أن يراج على الثمن الذي كان اشترى به ولو اشترى ثوبا فباعه ثم رجع اليه بعير أو هبة لم يكن له أن يبيعه مرابحة لانه ما عاد الى الملك المستند بالشراء الاول ولو وجد بالبيع عيبا فرضى به له أن يبيعه مرابحة على الثمن الذي اشتراه به لان الثابت له خيار فاسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة كالأول كان فيه خيار شرط أو رؤية وكذا لو اشترى مرابحة فاطلع على خيانه فرضى به كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به لما ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار ولو اشترى شيئا بغن فاحش أو يدين له على انسان وهو لا يشتري بذلك القدر بالغن فليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان ولو اشترى بالدين ما يبيع عنه له جاز أن يراج عليه سواء أخذه بلفظ الشراء أو بلفظ الصلح في رواية وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء لما تقدم لكن الوجه انه اذا علم أنه ثمنه وجب أن يراج عليه لان منع المراجعة ما كان الا لثمة الخطيئة فاذا تبين انتفاءها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى ولو اشترى رزمة ثياب فاقسمها ليس لاحدهما أن يبيع ما خصه مرابحة بخلاف ما لو اشترى يامكة لاجنسا واحدا فاقسمها حيث يجوز ذات ولو اشترى الرزمة واحدا فقه ومها ثوبا باليس له أن يبيع ثوباً منها مرابحة على ما قسمها الا ما قد منان انه يقول قيمة هذا ألف أو قزم هذا بكذا أو أنا أبيعك مرابحة على هذه القيمة كما مر في الرقم باز يد من عنه أما لو أسلم في ثوبين ووصفهما بصفة واحدة ليس له أن يبيع أحدهما مرابحة على نصف رأس مال السلم عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ولو باعه نصف ما اشتراه مرابحة على نصف ثمنه ان كان ثوبا واحدا ليس له

قال (ومن ولي رجل اشيا بما قام عليه الخ) اذا قال وليك هذا بما قام على يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبيغ والقتل وغير ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه (فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان أعلمه البائع في المجلس) صح البيع ويتخير المشتري (ان شاء أخذه وان شاء تركه) أما الصحة فسلان الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا يحتمل الصحة فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر والفساد المتقرر لا يقبل الاصلاح ونظيره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فساد به بعده فيه وأما خيار المشتري فللخلل في الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات فكان في معنى خيار الرؤية فالحق به

**فصل** وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المراجعة ووجه ذكرها في باب المراجعة الاستطراد باعتبار تقيد هابقيدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمراجعة والتولية قال (ومن اشترى شيئا مما ينقل) نقلا حسبا (و) هو المراد بقوله (ينقل) فسر بذلك ثلاثيهم انه احتراز عن المدبر (لم يجزله أن يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض) وهو باطلاقة حجة على مالك رحمه الله في تخصيص ذلك بالطعام ولا تنسك له بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال ان اشترى أحدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام

( ٣٦٤ )

يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس قال وأحسب كل شيء من مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصيص لم يكن مرادا وكان ذلك معسروفا بين الصحابة حدث الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوفيته لقيني رجل فأعطاني به ربما حسنا فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلقي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تتبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ابتياع السلع حيث تبتاع حتى تحوزها للتجار الى رحالهم وإنما قصد بالبيع ولم يقبل لم يجزله التصرف ليقع على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد وان كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على

**فصل** ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجزله يبيعه حتى يقبضه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض

ذلك وان كان متلبا وهو جنس واحد كطعام أو كل نصفه كان له ذلك لان تقسيم الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الاوصاف أعنى الذرعان ولا يتقسم الثمن باعتبارها وعلى هذا ينبغي أن لا يراجع في نصف العبد على نصف الثمن ولو اشترى ثيابا بصدقة واحدة كل ثوب بكذا فله أن يبيع كل واحد من ارجحة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يراجع حتى يبين انه اشتراه مع غيره ولو باعه بوضيعة دية يارده فطريقه أن يجعل كل درهم من رأس المال أحد عشر جزأ فاذا كان الثمن عشرة فتكون الجملة مائة وعشرة فتسقط عشرة فيصير جلة الثمن تسعة وجزأ من أحد عشر جزأ من درهم

**فصل** (قوله ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجزله يبيعه حتى يقبضه) انما اقتصر على البيع ولم يقل أن يتصرف فيه لتكون اتفاقية فان محمدا يجز الهبة والصدقة به قبل القبض وقال مالك يجوز جميع التصرفات من بيع وغيره قبل القبض الا في الطعام لانه صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالنهي في حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه أخرجه الشيخان وفي لفظ حتى يقبضه فلما قدرناه ابن عباس أيضا قال وأحسب كل شيء من مثل الطعام أخرجه عنه أئمة الكتب الستة وعرض قوله ما روى أبو داود عن ابن اسحق الى ابن عمر قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوفيته لقيني رجل فأعطاني فيه ربما حسنا فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلقي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت رضي الله عنه فقال لا تتبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تبتاع السلع حيث تبتاع حتى تحوزها للتجار الى رحالهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرک وصححه وقال في التنقيح سنده جيد وقال ابن اسحق صرح فيه بالحديث وأخرج النسائي أيضا في سننه الكبرى عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهر عن عبد الله بن عصة عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجل ابتاع هذه الببوع وأبيعها فما يحصل لي منها وما يحرم قال لا تبع شيئا حتى تقبضه ورواه أحمد في مسنده وابن حبان وقال هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهر عن حكيم بن حزام ليس بينهما ابن عصة والحاصل أن المخرجين منهم من يدخل ابن عصة بين ابن ماهر وحكيم ومنهم من لا وابن عصة ضعيف جدا في قول بعضهم قال صاحب التنقيح قال ابن حزم عبد الله بن عصة مجهول وصحح الحديث من رواية يوسف ابن ماهر نفسه عن حكيم لانه صرح في رواية قاسم بن أصبغ بسماعه منه والصحيح أن بينهما عبد الله بن عصة الجشعي مجازي ذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه ابن القطان وكلاهما مخطن وقد أشبهه عليهم ما عبد الله بن عصة هذا بالنسبي أو غيره من يسمى عبد الله بن عصة

قبضه فقبضه لان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع أسرع نقلا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه غليل العين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى

**فصل** ومن اشترى مما ينقل (قوله احتراز عن المدبر) أقول فانه لا ينقل نقلا شرعيا (قوله فان تخصيص الطعام يدل على أن الحكم الخ) أقول فيه أن التخصيص ينافي كون المفهوم حجة ولو سلم فلا يعارض المنطوق (قوله معروفا بين الصحابة) أقول فيه تأمل

(قوله ولان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالعقول وتقريره في البيع قبل القبض (٣٦٥) غرر انفساخ العقد الاول على تقدير

هلاك المبيع في يد البائع والغرر غير جائز لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوى عنك علمه وقد

تقدم واعترض بأن غرر الانفساخ بعد القبض ايضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس عانع ولا يدفع بأن عدم ظهور الاستحقاق أصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا وأجيب بأن عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق لا تصرف المطلق بقوله تعالى وأحل الله البيع وليس ما بعد القبض في معناه لان فيه غرر انفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالنقول بجامع عدم القبض فيهما وصار كالاجارة فانها في العقار لا يجوز قبل القبض والجامع اشتمالهما على ربح مالم يضمن فان المقصود من البيع الربح وربح مالم يضمن منهى عنه شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة

(قوله وأجيب بأن عدم جواز الخ) أقول الاعتراض كان

ولان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالعقول وتقريره في البيع قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة

انتهى كلامه فالحق أن الحديث حجة والذي قبله كذلك والحاجة بعد ذلك الى دليل التخصيص بغير العقار لا بي حنيفة يذكر هناك والاحاديث كثيرة في هذا المعنى ثم علل الحديث (لان فيه غرر انفساخ العقد) الاول (على اعتبار هلاك المبيع) قبل القبض فيقتبين حينئذ أنه باع ملك الغير بغير إذنه وذلك مفسد للعقد وفي الصحاح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوى عنك علمه والدليل على اعتبار هذا المعنى أنا رأينا التصرف في ابدال العقود التي لا تنسخ بالهلاك جائزا فلا يضرها غرر الانفساخ كالتصرف في المهر لها وبديل الخلع للزوج والعنق على مال وبديل الصلح عن دم الممد قبل القبض جائزا كانت لا تنسخ بالهلاك فظهر أن السبب ما قلنا هذا وقد اختلفوا بالبيع غيره فلا يجوز اجارته ولا هبته ولا تصدق به خلافا لمحمد في الهبة والصدقة وكذا اقرضه ورهنه من غير بائعه فلا يجوز شي من ذلك وإذا أجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الاجرة قبل قبضها إذا كانت عيننا أولى فصار الأصل أن كل عقد ينسخ به ملك العوض قبل القبض لم يجوز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والاجرة إذا كانت عيننا في الاجارة وبديل الصلح عن الدين إذا كان عيننا لا يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول أبي يوسف ولو أوصى به قبل القبض ثم مات قبل القبض صححت الوصية بالاجماع لان الوصية أخت الميراث ولو مات قبل القبض ورث عنه فكذلك إذا أوصى به ثم قال محمد كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض فهو جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه ووجهه أن غنام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمنافع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه وقاسه بهبه الدين لغير من عليه الدين فانها تجوز اذا سلطه على قبضه اذا لمانع فانه يكون نائباعنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال اطعم عن كفاري جاز ويكون الفقهين نائباعنه في القبض ثم قابضا لنفسه بخلاف البيع وأبو يوسف يقول البيع اسرع نقاذ من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع وأيضاً هذه التصرفات تنبني على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه فكان فاصرا في حق اطلاق التصرف وأما اعتق عن كفاري فانه طلب التملك لا تصرف مبنى على الملك القائم قبل لواعتراف الغرر امتنع بعد القبض أيضا لاحتمال ظهور الاستحقاق فالجواب انه أضعف لان ما يتحقق به بعد القبض يتحقق به قبله ويزيد باعتبار الهلاك أيضا فكان أكثر ظاهرا قبل القبض ولان اعتباره بعده يستدعي باب البيع ولو باعه المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتباره مجازا عن الاقالة فان قيل هذا النهي باعتبار امر مجاور فينبغي ان لا يوجب الفساد كالبيع وقت النداء أجيب بان الغرر في المبيع لا مجاور له فانه باعتبار انه مملوك أو غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك وأورد على التأثيران بعد تسليم أن البيع ينسخ به ملك المبيع قبل القبض أي امتناع فيه فليكن كذلك وغاية الامر انه يظهر أن البيع الثاني لم يصح فيه تردادان ومثله واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق (قوله ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وهو قوله الآخر (وقال محمد لا يجوز) وهو قول أبي يوسف الاول وقول الشافعي (رجوعا الى اطلاق الحديث) يعني عموميه وهو ما في

(وله ما ان ركن البيع صدر من أهله) لكونه بالغاً فلا غير محجور عليه (في محله) لانه محل مملوك له وذلك يقتضى الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فيه فصح العقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع انتفاء المانع في العقار فانه غرر الانفساخ وقد وجد بالرد بالعيب وأجيب بأنه لا يصح لانه اذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكاً للمشتري وحينئذ لا يملك المشتري الاول الرد وقيل نظر لانه ان رد عليه بقضاء القاضي عادله الرد والاولى أن يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ واذا كان الهلاك في العقار نادراً كان غرر انفساخ العقد المنهى عنه متفتياً والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار بخلاف بيعه قبل القبض عملاً بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعتراض بأنه تعليل في موضع النص وهو ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول وأجيب بأنه عام دخله الخصوص لاجتماعنا على جواز التصرف في الثمن والصدق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فتحمله على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان (٣٦٦) المراد بالحديث النهى عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام

وله ما ان ركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهى عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملاً بدلائل الجواز

حديث حكيم بن قولة صلى الله عليه وسلم لا تبعن شيئاً حتى تقبضه بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول أعني قوله نهى عن بيع السلع حتى يجوزها التجار الى رحالهم وللهي عن ربيع مالم يقبض ولو باع العقار بربح يلزم ربيع مالم يقبض وصار بيع العقار كاجارته واجارته قبل قبضه لا يجوز فكذا بيعه ولان السبب وهو البيع انما يتم بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملك انما يتأكد كذا السبب وفي هذا العقار والمنقول سواء (وله ما) أي لاني حنيفة وأبي يوسف (ان ركن البيع صدر من أهله في محله) والمانع المنهى عنه وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف (فان هلاك العقار نادر) والتادير لا عبرة به ولا بدني الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا لانه لا يتصور هلاكه الا اذا صار بحراً ونحوه حتى قال بعض المشايخ ان جواب أبي حنيفة في موضع لا يخشى عليه أن يصير بحراً أو يغلب عليه المال فاما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كافي المنقول ذكره المحبوبي وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع عملاً لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي استدله (معلول به) أي بغرر الانفساخ والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه وبه يظهر فساد قولهم ان اكد الملك بتأكد السبب وذلك بالقبض لان العتق في استدعاء ملك تام فوق البيع ويجوز في المبيع قبل القبض العتق (وانما قلنا) التزوج لا يبطل بالغرر لانه لو هلك المهر المعين لم يزج قيمته ولم يفسخ النكاح وأوردناه لتعليل في مقابلة النص فانه تخصيص عمومته فيؤدى الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو ممنوع الجواب انه خص منه أشياء منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج في بدل الملع وكذا رب الدين في الدين اذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز وكذا أخذ

اذا ابتعت شيئاً فلا تبعه حتى تقبض سلماً انه نهى عن بيع مالم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح تخصيصاً لمانا صلاحيته لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله واذا كان الحديث معلولاً بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذ الشيء لا يحتمل تناول ما ينافيه تناوله لا فردياً واعلم اني اذكر لك ما سنخ في هذا الموضوع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع به جميع ذلك وهو أن يقال الاصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزاً للعموم قوله تعالى

وأحل الله البيع لكنه خص منه الربا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربا والعامة المخصوص يجوز تخصيصه الشفع بخبر الواحد وهو ما روي أنه نهى عن بيع مالم يقبض ثم لا يتخلو إيماناً بكونه معلولاً بغرر الانفساخ وأولاً فان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول المقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي في السنن مسنداً الى الاعرج عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه وبين أدلة الجواز وذلك يستلزم التردد وجعله معلولاً بذلك اعمال الثبوت التوفيق حينئذ والاعمال متعين لا محالة وكلام تناول العقار لم يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مختصاً به قد ينسخ به لملك المعوض قبل القبض هذا والله أعلم بالصواب

قال المصنف (وله ما ان ركن البيع الخ) أقول اذا استدلل محمد بأنه اذا باع العقار الغير المقبوض بربح يلزم ربيع مالم يقبض وهو منهي فاجابهم ما عنه (قوله ومنع انتفاء المانع في العقار فانه الى قوله وأجيب بأنه) أقول المجيب هو الانتقائي وضمير فانه راجع الى المانع وضمير بأنه في قوله وأجيب بأنه راجع الى الرد (قوله لكن التخصيص لبيان أنه لم يدخل في العام الخ) أقول فيه بحث فان لفظة مالم يقبض يتناول العـقار أيضاً والقياس تخصـيصه بالمنقول (قوله وان لم يكن وقع التعارض) أقول فيه تأمل اذ لا يظهر التعارض بينه وبين ما روي مسنداً الى الاعرج (قوله وبينه وبين أدلة الجواز) أقول اذا كان تخصيصة الادلة الجواز فكيف يوجد التعارض

(قوله والاجارة) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الاجارة وتقريره انه لا تصلح مقبلا عليها لانها اعلى الاختلاف قال في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في التابع وقيل لا يجوز بالاخلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول قال (ومن اشترى مكبلا مكبلة أو موز وناموازنة الخ) اذا اشترى المكبل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد وأراد التصرف فذلك على أربعة أقسام اشترى مكبلة وباع مكبلة أو اشترى مجازفة وباع كذلك أو اشترى مكبلة وباع مجازفة أو بالعكس من ذلك

(٣٦٧)

ففي الاول لم يجز للمشتري من المشتري الاول أن يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الاول كذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتل أن يزيد على الشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التعرض عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة الشفيع قبل قبض المشتري ولا شك ان غلظه حينئذ شرع قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التملك ببدل لم يثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال الاجماع على جواز بيع العقار قبل القبض وأما الحاق بالاجارة في منع الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه على هذا الخلاف والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية أن الاجارة قبل القبض لا تجوز بالاخلاف الا أن المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى واذا عرف من الجواب ان التصرف في الثمن قبل القبض يجوز وفي المبيع لا يجوز كان تيممه بأن يذكرها ما يميز المبيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدراهم والدنانير انما تبدأ وذوات القيم مبيعة أبدأ والمثلثات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالثمن مبيعة أو بالاعيان وهي معينة ثمن أو غير معينة فبيعة كمن قال اشترت كرام الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيل المثلثات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقا ولو دخل عليها الباء اذا عرف هذا فالاعيان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدل الا في غير الصرف والسلم واختلف في القرض والاصح جوازها والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الحاق ولو باع عبد أو سلمه ثم قال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز ومن الاجنبى لا يجوز وللشافعي قولان والاصل ان البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل أحد وما هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث يجوز من المشتري لا الاجنبى (قوله ومن اشترى مكبلا مكبلة أو موز وناموازنة) أى اشترى على كذا كبلا أو رطلا (فاكتله أو اترته) لنفسه (ثم باعه مكبلة أو موازنة) في الموزون (لم يجز للمشتري منه أن يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري) روى من حديث جابر هكذا لكن بلفظ الصاعان معروفا أسنده عنه ابن ماجه واسحق وابن أبي شيبة وأعل به محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وبلغه من حديث أبي هريرة وزاد فيه فيكون اصحابه الزيادة وعليه النقصان رواه البراز حدثنا محمد بن عبد الرحمن حدثنا مسلم الجرمي حدثنا محمد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة وقال لا نعلم يروى عن أبي هريرة الا من هذا الوجه وله طريقان أخران عن أنس وابن عباس ضعيفان وقال عبد الرزاق أخبرنا ميمر عن يحيى بن أبي كثير عن عثمان بن عفان وحكيم بن حرام كانا يبيتان التمر ويجعلانه في غرائر

والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فامعة ودعليه في الاجارة المنافع وهلا كما غير نادى قال (ومن اشترى مكبلا مكبلة أو موز وناموازنة فاكتله أو اترته ثم باعه مكبلة أو موازنة لم يجز للمشتري منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن) لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتل أن يزيد على الشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التعرض عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة

الشفيع قبل قبض المشتري ولا شك ان غلظه حينئذ شرع قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التملك ببدل لم يثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال الاجماع على جواز بيع العقار قبل القبض وأما الحاق بالاجارة في منع الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه على هذا الخلاف والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية أن الاجارة قبل القبض لا تجوز بالاخلاف الا أن المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى واذا عرف من الجواب ان التصرف في الثمن قبل القبض يجوز وفي المبيع لا يجوز كان تيممه بأن يذكرها ما يميز المبيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدراهم والدنانير انما تبدأ وذوات القيم مبيعة أبدأ والمثلثات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالثمن مبيعة أو بالاعيان وهي معينة ثمن أو غير معينة فبيعة كمن قال اشترت كرام الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيل المثلثات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقا ولو دخل عليها الباء اذا عرف هذا فالاعيان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدل الا في غير الصرف والسلم واختلف في القرض والاصح جوازها والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الحاق ولو باع عبد أو سلمه ثم قال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز ومن الاجنبى لا يجوز وللشافعي قولان والاصل ان البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل أحد وما هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث يجوز من المشتري لا الاجنبى (قوله ومن اشترى مكبلا مكبلة أو موز وناموازنة) أى اشترى على كذا كبلا أو رطلا (فاكتله أو اترته) لنفسه (ثم باعه مكبلة أو موازنة) في الموزون (لم يجز للمشتري منه أن يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري) روى من حديث جابر هكذا لكن بلفظ الصاعان معروفا أسنده عنه ابن ماجه واسحق وابن أبي شيبة وأعل به محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وبلغه من حديث أبي هريرة وزاد فيه فيكون اصحابه الزيادة وعليه النقصان رواه البراز حدثنا محمد بن عبد الرحمن حدثنا مسلم الجرمي حدثنا محمد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة وقال لا نعلم يروى عن أبي هريرة الا من هذا الوجه وله طريقان أخران عن أنس وابن عباس ضعيفان وقال عبد الرزاق أخبرنا ميمر عن يحيى بن أبي كثير عن عثمان بن عفان وحكيم بن حرام كانا يبيتان التمر ويجعلانه في غرائر

قال المصنف (والاجارة قيل على هذا الاختلاف) أقول قال العلامة الكاكي وفي الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في التابع وقيل لا يجوز بالاخلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى انتهى (قوله لان المنافع بمنزلة المنقول) في الفصل التاسع عشر من الفصول العمادية والشيخ الامام أبو الفضل الكرماني أورد عليه اشكالا انه اذا أجزأ المستأجر قبل القبض ويجوز ولو صح ما قال لا يجوز انتهى قال ابن البرازي وأنت خير بأن العين قائم مقام المنفعة في حق ارتباط الاتنين فينظر أيضا الى ما قام به المنفعة انتهى وما ذكره تأييدا للاشكال لا جواب عنه كما هو ظاهر عبارته

التصرف في الرقبة ملك التصرف في التابع وما لا فلا وفي الفوائد الظهيرية وقيل الاجارة لا تجوز بالاخلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها لذلك وفي الكافي وعليه الفتوى انتهى (قوله لان المنافع بمنزلة المنقول) في الفصل التاسع عشر من الفصول العمادية والشيخ الامام أبو الفضل الكرماني أورد عليه اشكالا انه اذا أجزأ المستأجر قبل القبض ويجوز ولو صح ما قال لا يجوز انتهى قال ابن البرازي وأنت خير بأن العين قائم مقام المنفعة في حق ارتباط الاتنين فينظر أيضا الى ما قام به المنفعة انتهى وما ذكره تأييدا للاشكال لا جواب عنه كما هو ظاهر عبارته

قال المصنف (لان الزيادة) واعترض بأن الزيادة لاتتصور في المجازفة وأجيب بأن من الجائز ان يشتري مكيلة بمكيلة فاكثاله على انه عشرة أفقره مثلا ثم باعه بمجازفة فاذا هو اشاعش في الواقع فيكون زيادة على المكيل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التمثل ما ترى وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بان باع بمجازفة وفي ذهنه انه مائة قفيز فاذا هو رائد على ما ظنه فالرائد لا يشتري ويجوز أن يجعل من باب الغرض ومعناه (٣٦٨) ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت

لان الزيادة وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة اذا الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر

ثم يبيعه بثلث الكيل فثمها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيعه حتى يكيل لمن ابتاعه منهم ما هذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الائمة اياه فانه قد قال بقولنا هذا مالاً والشافعي وأحمد رضي الله عنهم وحين علله الفقهاء يجعله من غم القبض اذ بالكيل يتميز حقه عن حق البائع اذ عسى ان يكون أنقص أو أزيد فيضيع ماله عند البائع أو مال البائع عنده فالحق بائع البيع منع الا كل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية وما أشبههما والحق بالمكيل الموزون وينبغي الحاق المعدود الذي لا يتفاوت كالخز والبيض اذا اشتري معاددة وبه قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه فافسد البيع قبل العقد ثانياً لا اتحاد الجامع وهو وجوب تعرف المقدار وزال احتمال اختلاط المالكين فان الزيادة فيه للبائع خلافاً لما روى عنهما من جواز البيع الثاني قبل العد ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنفية للمشتري لم يحقوها فلما اشتري ثوباً على انه عشرة أذرع جاز أن يبيعه قبل الذرع لانه لو زاد كان لا يشتري ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بالاذرع كان مسقطاً خياريه على تقدير النقص وله ذلك ولما كان النسي عن بيع الطعام اقتصر على ما اذا كان المكيل أو الموزون مبيعاً قالوا كان ثمناً بان اشتري بهذا البر على انه كرفقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن لان التصرف في الثمن قبل قبضه جائز قالوا ان يجوز التصرف فيه قبل ما هو من غم قبضه ثم لا يخفى ان ظاهر النص منع بيع الطعام الا بمكيلة فيقتضي منع بيعه بمجازفة ولا نعلم خلافاً في ان ظاهره متروك وانه محمول على ما اذا وقع البيع بمكيلة أما اذا اشتراه بمجازفة بيع صبرة فله أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه له فلا يتصور اختلاط المالكين وقول المصنف فيه (لان الزيادة) قبل معناه الزيادة على ما كان نظمه بأن ابتاع صبرة على ظن انها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكلف غيره وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما اذا اشتراه البائع بمكيلة وباعه كذلك أما اذا اشتراه بمجازفة فانه يحتاج اذا باعه بمكيلة الى كيل واحد للمشتري وقول الراوي حتى يجري فيه صاعان صاع البائع معناه صاع البائع لنفسه وهو محمول على ما اذا كان البائع اشتراه بمكيلة أما لو كان ملكه بالارث أو الزراعة أو اشتري بمجازفة أو استقرض حنطة على انها كرفقبضها فالحاجة الى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقرض تخليفاً بعوض كالشراء لكنه شراء بصورة عارية حكماً لان ما يرد من المقبوض حكماً ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تخليفاً بعوض حكماً ولو اشتراه بمكيلة ثم باعها بمجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعه يجوز واذا عرف ان سبب النسي أمر يرجع الى المبيع كان البيع فاسداً ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص على انه لو أكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه كل حراماً لانه كل ملك نفسه الا أنه ثم لتركه ما أمر به من الكيل فكان هذا الكلام أصلاً في سائر المبيعات يباع فاسداً اذا قبضها فملكها ثم أكلها وتقدم انه لا يحل كل ما اشتراه شراء فاسداً وهذا بين ان ليس كل ما لا يحل أكله اذا أكله أن يقال فيه

للمشتري حيث لم يقع العقد مكيلة فهذه المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف على تقدير عدمه أولى ويجوز فرض الحال اذا تعلق به غرض كقوله تعالى ان تدعوهم لا يسعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد إما كيل المشتري أو كيل البائع بحضرته لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكيلة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعاً وأما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل النسي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك بما يتصور اذا بيع مكيلة فلم يتناول ما عداه ورد بأنه دعوى مجردة وأجيب بأن التنقيص عن عهد ذلك بأن يقال قوله تعالى وأحل الله البيع يقتضي جوازه مطلقاً وهو مخصوص بآية الربا فيجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه

ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا لتعيين المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهيم زيادة أو نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزاً بلا كيل ثم في قوله اشتري مكيلة اشارة الى انه لو ملكه بهية أو ارث أو وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمناً كسائفي وحكم بيع الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكيل لان الزيادة اذا الذرع وصف في الثوب فلم يكن هنالك احتمال الزيادة فلم تكن في معنى ما ورد به النص لتعلقه بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف

ولامعتبر بكيل البائع وهو المشتري الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغية المشتري لان الكيل من باب التسليم اذ المبيع يصير به معلوما ولا تسليم الا بحضرة ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال الزيادة ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على ماسا في باب السلم أن من أسلم في كثر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا أو امر رب المال بقبضه لم يكن قبضاً وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فأكاله ثم أكاله لنفسه جازلانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان في كلام المصنف رحمه الله ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسئلة أولاً فيما اذا كان العقدان بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في آخر المسئلة ان الصحيح ان يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضي أن يكون وضع المسئلة فيما يكون عقد واحد (٢٦٩) بشرط الكيل لما ان الاكتفاء

بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل وأما اذا وجد العقد بشرط الكيل فلا اكتفاء بالكيل الواحد فيه ما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفعه بأن يكون المراد بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري الاول والمشتري هو الثاني وبالصحيح هو البيع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكاناً وكاله بحضرة مشتريه يكتفى بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحل الحديث اجتماع الصفقتين فانه يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور اليه فكأنه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين

ولامعتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لان المشتري لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على ما تبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدافه هو كالمذروع فيما روى عنه لانه ليس بمال الزا وكالموزون فيما روى عن أبي حنيفة رحمه الله لانه لا تحل له الزيادة على المشروط قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز)

أكل حراماً (قوله ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع) من المشتري الثاني (وان كان) كاله لنفسه (بحضرة المشتري) عن شرائه هو (لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط) بالنص (ولا بكيله بعد البيع) الثاني (بغية المشتري) وغية وكيله في القبض لان التسليم الى الغائب لا يتحقق وهذا الكيل المأمور به لتسليم المقدار الواجب (وان كاله) أو وزنه (بعد العقد بحضرة المشتري) مرة فيه اختلاف المشايخ قال عامتهم كفاه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كيله ووزنه اذا قبضه وعند البعض لا بد من الكيل أو الوزن مرتين احتجاً بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوماً وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض ومحل ظاهر الحديث اذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن يشتري المسلم اليه من رجل كرا لاجل رب السلم وامر رب السلم بقبضه اقتضاء عن سواه فان في ذلك بشرط صاعان صاعاً للسلم اليه وصاعاً لرب السلم فيكيله للسلم اليه ثم يكيله لنفسه بخلاف كيله بغية لانه فاه التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز ويصير ح بنفسه ما في الجماع في بيع فقير من صبرة اذا كان البائع قفياً منهم باعير حضرة المشتري فهلك أن البيع قائم في قفيز مما بقي ولا يقع به الا فرازون من هنا ينشأ فرع وهو مالو كيل الطعام بحضرة رجل ثم اشترى في المجلس ثم باعه مكاناً قبل ان يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء أكاله للمشتري منه أولاً لانه لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضاً فيه ببيع ما لم يقبض فلا يجوز (قوله والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) بالبيع والهبة والاجارة والوصية سواء كان مما يتعين أو لا يتعين

فما اذا اجتمعت الصفقتان كافي أول المسئلة وماسا في باب السلم وأما فيما نحن فيه فلا هذا واذا انظرنا الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع يقتضي أن يكتفى بالكيل الواحد في أول المسئلة أيضاً كما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة أو قياس أو استحسان لكان ذلك مدفوعاً جاري على القوانين لكن لم أظفر بملك ولو اشترى المعدود عدافه هو كالمذروع فيما روى عن أبي يوسف ومحمد وهو رواية عن أبي حنيفة لانه ليس بمال الزا ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنتين فكان كالمذروع وحكمه قد مر أنه لا يحتاج الى إعادة الذرع اذا باع من اربعة وكالموزون فيما روى عن أبي حنيفة وهو قول السكري لانه لا تحل له الزيادة الا ترى ان من اشترى جوزاً على انما ألف فوجدها كثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها أقل يسترد حصة النقصان كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالموزون في الموزون قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) سواء كان مما لا يتعين كالنقد أو مما يتعين

كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدرهم أو بكثر من الحنطة جاز أن يأخذ بدله شيئاً آخر قال ابن عمر رضي الله عنهما كنا نبيع الابل في البقيع فأتنا خذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوز رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ ( ٣٧٠ ) بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين أي في النقود بخلاف المبيع قال

أقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال ( ويجوز للشترى أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للشترى في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك ) فالزيادة والحط يلحقان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصحان على اعتبار الاتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة غملاً لأنه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلحق بأصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلاً بكل المبيع فلا يمكن أخراجه فصار برامبتداً

عندنا سوى بدل الصرف والسلم لان الملك مطاق وكان القياس ذلك أيضاً في المبيع الا انه منع بالنص لغرر الانفساخ وليس في الثمن ذلك لانه اذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ البع ولا يفسخ قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانفساخ بالهلاك كالمهر والاجرة وضمنان المتلفات وغيرها واستثناء السلم لان للقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذا في الصرف وأيد السمع وهو ما في السنن الاربعة عن سماعة عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبقيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير فأنبت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يريد أن يدخل حجرته فأخذت بثوبي ففألتته فقال اذا أخذت واحدا منها بالآخر فلا يفارقك وبينك وبينه بيع فان هذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له وقد صححه الحاكم والدارقطني وقول الترمذي لانعرفه مرفوعاً الا من حديث سماعة لا يضره وان كان شعبية قال حدثني قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني داود بن أبي هند عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني فلان أراه أيوب عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر لم يرفعه ورفعه سماعة وأنا أهابه لان المختار في تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لانه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ولان الظاهر من حال ابن عمر وشدة انبعاثه لانه لم يكن يقتضي أحد التقدين عن الآخر مستمر من غير أن يكون عرفه عنه صلى الله عليه وسلم وأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يفارقه وبينهما بيع معناه دين من ذلك البيع لانه صرف ففنع النسبة فيه وأما الميراث فالصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف المورث في الملك وكان للبنت ذلك التصرف فكذا الوارث وكذا الموصى له لان الوصية أخت الميراث ( قوله ويجوز للشترى أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للشترى في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن ) وسند كشرط كل منهما ( ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك ) من المزد عليه والزيادة حتى كان البائع حبس المبيع الى ان يستوفي الزيادة اذا كان الثمن حالاً وليس للشترى أن يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل إعطائها ولو سلمها تم استحقاق المبيع رجوع به مع أصل الثمن وفي صورة الحط للشترى مطالبة البائع بتسليم المبيع اذا سلم الباقي بعد الحط ( وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصحان ) أي الزيادة والحط ( على اعتبار الاتحاق ) بأصل العقد ( بل ) الزيادة برامبتداً من البائع والمشتري والحط ابراه من بعض الثمن متى رده يرتد وجهه قوله ما ان المبيع دخل في ملك المشتري بالقدر الاول فلو التحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده بدلا عن ملكه وهو المبيع وكذا الثمن دخل في ملك البائع فلو جازت الزيادة في المبيع كان المزد عوضاً عن ملكه أعني الثمن قلنا انما يكون ما ذكرتم لو التحق بالعقد مع عدم تغييره لكانا انما قلنا انهما

( ويجوز للشترى أن يزيد (البائع في الثمن) اذا اشترى عينا بمائة ثم زاد عشرة مثلاً أو باع عينا بمائة ثم زاده على المبيع شيئاً أو حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الأصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعهما اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الأصل والزيادة فاذا استحق المبيع يرجع المشتري على البائع بهما واذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلحقان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الاتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة أي الهبة ابتداء لانهم الا بال تسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة غملاً لان هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد المسمى غملاً فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط

بالزيادة

الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن أخراجه عن ذلك فصار برامبتداً

( قوله لعدم تعينها بالتعيين أي في النقود ) أقول فيكون الدليل أخصر من المدعى قال المصنف ( وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلاً بكل المبيع فلا يمكن أخراجه فصار برامبتداً ) أقول قوله وكذا الحط أي لا يلحق بأصل العقد ( قوله فلا يمكن أخراجه أي أخراج كل الثمن عن المقابلة بكل المبيع

ولنا ان البائع والمشتري بالخط والزيادة غير العقد بتراضيهم من وصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع خاسر وراجح وعدل والزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا والعدل راجحا والخط يجعل الراجح عدلا والعدل خاسرا . وكذلك الزيادة في المبيع ولهما ولاية التصرف برفع أصل العقد بالاقالة فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشيء أهون من التصرف في أصله وصار كما اذا كان لاحد العاقلين أو لهما خيار الشرط فأسقطا أو شرطاه بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد وإذا صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لان نفسه فالزيادة تقوم بالثمن لان نفسها فان قيل لو كان خط البعض صحا كان خط الكل كذلك اعتبارا للكل البعض أجاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف خط الكل لانه تبديل بأصله لا تغيير بوصفه لأن عمل الخط في اخراج القدر المحظوظ من أن يكون ثمنًا للشرط فيه قيام الثمن وذلك في خط البعض لوجود ما يصلح ثمنًا وأما خط الجميع فتبديل للعقد لانه إما أن يبقى بيعا باطلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمت انه مالم يقصد ذلك أو يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في المبيع دون الهبة فلا يلتحق بأصل العقد لوجود (٣٧١) المانع ولا يلزم من عدم الالتحاق

للمانع عدمه لا للمانع فيلتحق خط البعض بأصل العقد وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الخط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الخط بالزيادة والخط غير العقد من وجهه الاول وهو كونه بذلك المقدار الى كونه به هذا المقدار وراينا ان الشرع أثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة الى صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود الى اعدامه بلا سبب سوى اختيارهما أما الاول فتحوي به من عدم الزوم الى الزوم باسقاط الخيار وعكسه بالحق الخيار وكذا من كونه حالًا الى مؤجل بالحق الاجل كما سئذ كرفي تأجيل الثمن الحال عندنا وأما الثاني فبالاقالة وهي تعميده الى قديم الملك فأولى أن يثبت لهما تغييره من وصف كونه راجحا الى خاسر أو خاسرا الى راجح والى كونه عدلا ونبت صحة الخط شرعا في المهر بقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفرج فبين انهما اذا تراضيا بعد تقدير المهر على خط بعضه أو زيادته جاز واذا ثبت تصحيح ذلك لزم الالتحاق بأصل العقد ضرورة اذ تغييره يوجب كونه عقدا بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به اذ وصف الشيء يقوم به بخلاف مالو خط الكل لانه تبديل لأصله اذ يصير البديل الاخر هبة فخرج عن كونه عقدا معاوضة الى عقد تبرع فلا يلتحق به واذا ثبت الالتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه الى آخر ما ذكرنا (ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة فتجوز) (على الكل) من الاصل والرائدو يجب ان يراجح على المبيع الاول وما زاده البائع مبيعا لا الاول فقط وكذا التولية (ويباشر) العقد في المرابحة والتولية (على الباقي) بعد الخط (و) كذا (في الشفعة حتى يأخذها) الشفيع (بالباقي) فقط فان قيل لو التحق لزم أن يأخذها الشفيع في صورة الزيادة بالمجموع من

ولنا انهما بالخط والزيادة غير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه راجحا أو خاسرا أو عدلا ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق بأصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لان نفسه بخلاف خط الكل لانه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الخط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الخط بالزيادة والخط غير العقد من وجهه الاول وهو كونه بذلك المقدار الى كونه به هذا المقدار وراينا ان الشرع أثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة الى صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود الى اعدامه بلا سبب سوى اختيارهما أما الاول فتحوي به من عدم الزوم الى الزوم باسقاط الخيار وعكسه بالحق الخيار وكذا من كونه حالًا الى مؤجل بالحق الاجل كما سئذ كرفي تأجيل الثمن الحال عندنا وأما الثاني فبالاقالة وهي تعميده الى قديم الملك فأولى أن يثبت لهما تغييره من وصف كونه راجحا الى خاسر أو خاسرا الى راجح والى كونه عدلا ونبت صحة الخط شرعا في المهر بقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفرج فبين انهما اذا تراضيا بعد تقدير المهر على خط بعضه أو زيادته جاز واذا ثبت تصحيح ذلك لزم الالتحاق بأصل العقد ضرورة اذ تغييره يوجب كونه عقدا بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به اذ وصف الشيء يقوم به بخلاف مالو خط الكل لانه تبديل لأصله اذ يصير البديل الاخر هبة فخرج عن كونه عقدا معاوضة الى عقد تبرع فلا يلتحق به واذا ثبت الالتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه الى آخر ما ذكرنا (ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة فتجوز) (على الكل) من الاصل والرائدو يجب ان يراجح على المبيع الاول وما زاده البائع مبيعا لا الاول فقط وكذا التولية (ويباشر) العقد في المرابحة والتولية (على الباقي) بعد الخط (و) كذا (في الشفعة حتى يأخذها) الشفيع (بالباقي) فقط فان قيل لو التحق لزم أن يأخذها الشفيع في صورة الزيادة بالمجموع من

(قوله فصار) أى كل واحد من الزيادة والخط قال في الذخيرة وفي المحيط البرهاني في الفصل الحادى عشر من كتاب البيع اذا وهب بعض الثمن قبل القبض أو أبرأه عن بعض الثمن قبل القبض فهو خط أيضا وان كان البائع قد قبض الثمن ثم خط البعض أو وهب البعض بأن قال وهبت منك بعض الثمن أو قال خططت عندك بعض الثمن صح ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري ولو قال أبرأتك عن الثمن بعد القبض لا يصح الأبراء انتهى ووجه الفرق مذكور في الكتابين المذكورين فراجعهم ما قاله مهمهم في الغاية (قوله واذا صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له) أقول الزيادة في المكملات والموزونات والمعدودات ليست بوصف فكيف يصح الالتحاق فيهما اذا كانت مبيعة (قوله ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء) أقول وعندى أن المراد بالوصف هو كون العقد خاسرا وراجحا وعدلا على ما يدل عليه سياق الكلام ولو صح ما ذكره لبقى التحاق الخط بلا دليل ولا يخفى ما فيه (قوله فان قيل لو كان خط البعض صحا لكان خط الكل كذلك الخ) أقول يعنى بطريق الالتحاق والخط الكل صحيح بطريق البر والصلة بالاتفاق (قوله فالشرط فيه قيام الثمن) أقول والا لم يكن بيعا (قوله لانه إما أن يبقى بيعا باطلا) أقول كما سبق في أحكام البيع الفاسد (قوله فيلتحق خط البعض) أقول لا يكتفى لثبوت الالتحاق عدم المانع منه بل لا بد من مقتضى أيضا ولم يبين فلا يستقيم التفريع

(قوله وانما كان للشفيع) جواب سؤال مقدر تقديره لو كانت الزيادة ملحقة بأصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كالمو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب انما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لان حقه يتعلق بالعقد الاول وفي الزيادة باطل له وليس له ما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما (٢٧٣) وهذا كله اذا كان المبيع قائما وما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر

وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكه ثم الزيادة لا تصح بعده هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه والشئ ثبت ثم يستند بخلاف الخط لانه محال يمكن اخراج البذل عما يقابله فيلحق بأصل العقد استنادا قال (ومن باع بثمن حال ثم أجله أجل معلوما صار مؤجلا) لان الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيرا على من عليه

الاصل والزائد وهو منتفبل لا يأخذ الا بدون الزيادة أو يقال فلم يفرق بين الخط والزيادة بالنسبة الى الشفيع أجاب بقوله (وانما كان للشفيع أن يأخذها) في صورة الزيادة (بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت) قبلها فان عجز رد العقد الاول يتعلق حقه بأخذها ما وقع عليه التراضي الاول وعقد به والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حدث منها ما يطل حقه فلا ينفذ تصرفه ما ذلك عليه ثم شرع يذ كر شرط الزيادة والخط فقال (ثم الزيادة) الى آخره يعني ان شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة بان مات العبد أو الدابة أو حكايا أن اعتقه أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو هب وسلم أو أجزأ ورهن ثم باع من المستأجر والمرتهن أو طبع اللحم أو طعن الخنطة أو نسج الغزل أو تخمر العصبير أو أسلم مشترى الخردميا لا تصح الزيادة لقوات محل العقد اذا العقد لم يرد على المطعون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق بها اذا فعل في المغصوب ذلك وكذا الزيادة في المهر شرطها بقاء الزوجية فلوزاد بعد موتها لا تصح بخلاف مالو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث ثبتت الزيادة وكذا اذا أجزأ ورهن أو غلط الثوب أو اتخذ الحديد سيفا أو قطع يد المبيع فأخذ المشتري ارشه حيث ثبتت الزيادة في كل هذه وانما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك (لانه لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه) والالتحاق وان كان يقع مستندا فالاستند لا بد أن يثبت أولا في الحال ثم يستند وثبونه متعذرا لتفاهل محل فتعذر استناده فلا يثبت كالبيع الموقوف لا ينبرم بالا جازة اذا كان المبيع هالكا وقتها (وقوله على ظاهر الرواية) احتراز عما روى الحسن في غير رواية الاصول عن أبي حنيفة ان الزيادة تصح بعده هلاك المبيع كما يصح الخط بعده هلاكه وفي المسوط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيئا يعاقبته كالمو خالع امرأته مع اجنبي أو صالح مع الاجنبي من الدين على مال وضمنه صح وان لم يملك الاجنبي شيئا يعاقبته هذا في زيادة الثمن فاما الزيادة في المبيع ففي جمع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع بعده هلاك المبيع وهكذا كرفي المنتقى وتكون لها حصصة من الثمن حتى لو هلك قبل القبض سقطت حصصته من الثمن (بخلاف الخط) فانه يصح بعده هلاك المبيع لان المبيع بعد الهلاك بحيث يمكن حط (البذل) أي الثمن (عما يقابله) وحاصله اخراج القدر المخطوط عن أن يكون ثمنًا قائما يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق فيثبت الخط ملحقا بأصل العقد لا ترى انه يصح الخط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ماسوي ما يرجع به فاسقاط عوض المعدوم يصح والاعتياض عنه لا يصح (قوله ومن باع بثمن حال ثم أجله أجل معلوما صار مؤجلا) وهو قول مالك خلافا للشافعي وكذا قوله في كل دين حال لا يصير مؤجلا بالاجل وهو قول زفر لانه بعد أن كان حالا ليس الا وعدا بالتأخير قلنا (الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه)

الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه اذا الاعتياض انما يكون في موجود والشئ ثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند بخلاف الخط لانه محال يمكن اخراج البذل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الخط في الحال ويلحق بأصل العقد استنادا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه أن يجعل المعقود عليه قائما تقديرا ويجعل الزيادة تغييرا كما جعل قائما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالحلل واشتراط المحل لانبات الملك أو ابقائه بطريق التجدد فلم يكن لبقاء العقد في حقه فائدة فاما فيما وراء ذلك ففيه فائدة تنسب والزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصصة من الثمن حتى لو هلك قبل القبض سقطت بحصتها شئ من الثمن

قال (ومن باع بثمن حال) ثم أجله أجل معلوم اذا باع شيئا بثمن حال ثم أجله لا يخلو من أن يكون الاجل معلوما أو مجهولا وهذا فان كان الاول صح وصار مؤجلا وقال زفر لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي لانه دين فلا يتأجل كالقرض ولنا ان الثمن حقه فجاز أن يتصرف فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه

(قوله والزيادة في المبيع جائزة) أقول بعد الهلاك

ولأن التأجيل أثبات براءة مؤقتة إلى حلول الأجل وهو يملك البراءة المطلقة بالبراءة عن الثمن فلا يملك البراءة المؤقتة أولى وإن كان الثاني فلا يتخلو إيمان تكون الجهالة قاحشة أو يسيرة فإن كان الأول كما إذا أجهل إلى هبوب الريح ونزول المطر لا يجوز أن كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لأن الأجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع (٣٧٣) الجهالة اليسيرة بخلاف البيع

(وقد ذكرناه من قبل) يعني في أواخر البيع الفاسد قال (وكل دين حال إذا أجهله صاحبه صار مؤجلاً) كل دين حال بتأجيل صاحبه يصير مؤجلاً (لما ذكرناه) أنه حقه لكن القرض لا يصح تأجيله وهذا لأن القرض في الابتداء صلة واعارة فهو

بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة (ولا يملك من أملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء) لأن الواجب بالقرض رد المثل لارد العين (فعلى اعتبار الابتداء لا يصح) أي لا يلزم التأجيل فيه (كافي الاعارة إذا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسبية وهو ربا) وهذا يقتضي فساد القرض لكن نذب الشرع إليه وأجمع الأمة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقتنا يجوز به بل لا زوم ونوفض (بما إذا أوصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلا نألى سنة) فإنه قرض مؤجل وأجله لازم (حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه) إلى سنة وأوجب بأن ذلك من باب الوصية بالتبرع

ألا ترى أنه يملك إبراءه مطلقاً كذا مؤقتاً ولو أجهل إلى أجل مجهول أن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وإن كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لأنه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال (وكل دين حال إذا أجهله صاحبه صار مؤجلاً) لما ذكرنا (الافتراض) فإن تأجيله لا يصح لأنه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملك من أملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الانتهاء لا يلزم التأجيل فيه كافي الاعارة إذا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسبية وهو ربا وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلا نألى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حق الموصى والله تعالى أعلم

وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الأجل بالتأجيل فإنه يقول لاشك أن له أن يؤثر انما الكلام في أنه يلزم التأخير شرعاً إذا أخر وقوله (ألا ترى) إلى آخره يستدل به مستقلاً في المطلوب وهو أن الشرع أثبت عند اسقاطه السقوط والتأجيل التزام الاسقاط إلى وقت معين فيثبت شرعاً السقوط إلى ذلك الوقت كما ثبت شرعاً سقوطه مطلقاً باسقاطه مطلقاً (ولو أجهل إلى أجل مجهول أن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح) ويجوز المطر (لا يجوز) ولا يجوز التأجيل به ابتداء (وإن كانت) يسيرة (كالحصاد والدياس يجوز) ويلزم كما إذا كفل إليها (وقد ذكرناه من قبل) يعني في آخر باب البيع الفاسد لأن الأجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليقسده بل فيما هو دين (وكل دين حال إذا أجهله صاحبه صار مؤجلاً) لما ذكرنا (الافتراض) فإن تأجيله لا يصح ولو شرط الأجل في ابتداء القرض صح القرض وبطل الأجل وعند مالك يصح أيضاً لأن القرض صار في ذمته كسائر الديون ولومات المقرض فأجل ورثته صرح قاضيان بأنه لا يصح كالأجل المقرض وقول صاحب الميسر يوجب أن يصح على قول البعض لا يعارضه ولا يفيد ما يعتمد عليه ولا فرق بين أن يؤجل بعد استهلاك القرض أو قبله وهو الصحيح وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة إذ باستهلاكها لا تصير قرضاً والحيلة في لزوم تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدنيه فيؤجل المقرض ذلك الرجل الحال عليه فيلزم حينئذ وجه المسئلة أن القرض تبرع (لأنه صلة في الابتداء واعارة حتى يصح) القرض (بلفظ أعرتك) هذه الألف بدل أقرضتك ونحوه (ولهذا) لا يملك من أملك الصلات والتبرعات كالوصي والصبي والعبد والمكاتب (ومعاوضة في الانتهاء) لأنه أعطاه ليأخذ بدله بعد ذلك ولهذا يلزم رد مثله بعد ذلك وأخذ مثله (فعلى اعتبار الانتهاء لا يلزم التأجيل كما) لا يلزم تأجيل (الاعارة) فإنه لو أعاره المتاع إلى شهر كان له أن يسترده في الحال إذا تأجيل في التبرع (وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح) أيضاً (لأنه يصير) بهذه المعاوضة (بيع دراهم بثلثها نسبية وهو ربا) ولا نألى لزوم كان التبرع ما زما على المتبرع شيئاً كالصبي عن المطالبة فيما نحن فيه وهو يناق موضوع التبرعات قال تعالى ما على المحسنين من سبيل نفي السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق فلو لم تحقق سبيل عليه ثم لئل المراد وحكم العين كأنه رد العين ولو لا هذا الاعتبار كان عليك دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس فلزم اعتبارها شرعاً كالعين وإذا جعلت كالعين فالتأجيل في الأعيان لا يصح (بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف لفلان إلى سنة حيث يلزم) ذلك (من ثلثه لأنه وصية بالتبرع) فيلزم كما يلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره

(٣٥ - فتح القدير خامس)

(قوله حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه) أقول العبارة الصحيحة أن يقرضوه من ثلثه لئلا يلزم تقديم ممول ما في حين أن عليه وتصحيح ما في الكتاب يجعل المذكور تفسيراً للقدر قبل أن والله أعلم

ألا ترى أنه لو أوصى بثمره بستانه لفلان صح ولزم وإن كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقاً للموصى والله أعلم

### ﴿باب الربا﴾

لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتعوا من فضل الله شرع في بيان أنواع بيع غير الشارح عن مباشرتها بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا بأضعاف مضاعفة فإن النهي يعقب الأمر وهذا لأن المقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعاً (٣٧٤) والحرام الذي هو الربا ولهذا لما قيل لمحمد ألا تصنف شيئاً في الزهد قال قد صنف

### ﴿باب الربا﴾

قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بنفسه متفاضلاً) فالعلة عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل

سنة مع أنه لو أعاده عبده أو داره سنة كان له أن يسترده في الحال وهذا لأن باب الوصية أوسع من سائر التصرفات ألا ترى أنه لو أوصى بثمره بستانه جاز وإن كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصى ونظره في فضله من الله ورحمة والرجعة عليه أجازها الشارع وكان القياس أن لا تصح لأنهم اتفقت مضاف إلى حال زوال ملكيته والله تعالى أعلم

### ﴿باب الربا﴾

هو من البيوع المنهية قطعاً بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا بإسبب زيادة فيه فتناسبه بالمراجعة أن في كل منهما زيادة الآن تلك حلال وهذه منهيّة والحل هو الأصل في الأشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربا بكسر الراء المهملة وفتحها خطأ (قوله الربا في كل مكيل أو موزون بيع بنفسه) وفي عدة من النسخ الربا محرم في كل مكيل إلى آخره وفي كثير منها زيادة متفاضلاً الربا يقال لنفس الزائد ومنه ظاهر قوله تعالى لا تأكلوا الربا أي الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزائد في بيع الأموال الربوية عند بيع بعضها بنفسه وسنذكر تفصيلها ويقال لنفس الزيادة أعني بالمعنى المصدري ومنه وأحل الله البيع وحرم الربا أي حرم أن يزداد في القرض والسلف على القدر المدفوع وأن يزداد في بيع تلك الأموال بنفسها قدر اليس مثله في الآخر لأنه حينئذ فعل والحكم بتعلق به ولا شك أن في قوله الربا في كل مكيل الأول بغير لفظ محرم لا يرد كل منهما لأنه كذب على إسقاط لفظ متفاضلاً أولاً فائدة فيه بتقدير إثباته فكان المراد حكم الربا وهو الحرمة أما على استعمال الربا في حرمة فيه فيكون لفظ الربا مجازاً أو على حذفه وإرادته فيكون من مجاز الحذف والربا بمراد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره أي حرمة الزيادة ثابتة في كل مكيل ثم قوله (فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) مرتباً بالنفع لما عرف أن الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علته ولما رتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه أن العلة الكيل مع الجنس (و) قد (يقال) بدل الكيل والوزن (القدر وهو أشمل) وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح إذ يشمل العتد والذرع وليس من أموال الربا أي

كتاب البيوع و مراده بينت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد إلا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال والربا في اللغة هو الزيادة من ربا المال أي زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومنه الأشياء الربوية وفتح الراء خطأ ذكره في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون) أي حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسبة جار في كل ما يكال أو يوزن إذا بيع بمكيل أو موزون من جنسه (فالعلة) أي لوجوب المماثلة هو (الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) قال المصنف (ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل) لأنه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانه فردا يتناول الآخر

### ﴿باب الربا﴾

(قوله لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها) أقول لا يقال البيوع الفاسدة من جهة تلك الأبواب وليس مما أمر الشارع بمباشرته لأن كون أكثر الأبواب مأموراً بالمباشرة يكفي لغرضه (قوله عن العوض المشروط) أقول صفة العوض تدل على تعريف السعنان في المكاتب بقوله الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعوضة الخالي عن عوض شرط فيه تدبر وبذلك عرف المصنف في هذه الحقيقة قال المصنف (الربا محرم في كل مكيل) أقول في أكثر النسخ الربا في كل مكيل أو موزون يبيع بنفسه ومعناه حكم الربا وهو ثبوت الحرمة ثابت أو داخل أو جار أو مستقر في كل مكيل قال المصنف (وهو أشمل) أقول وقال ابن الهمام لكنه يشمل المذكور والعدد وليس من أموال الربا انتهى ويمكن أن يقال الألف واللام في القدر للعهد والمراد الكيل والوزن

(والاصل فيه الحديث المشهور) الذي تلقته العلماء بالقبول (وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل يدا بيد والفضل ربا وعد الاشياء الستة الخنطة والشعير والتمر والمخ والذهب والفضة على هذا المثال) ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهم وروى بروايتين بالرفع مثل بمثل (٣٧٥) وبالنصب مثلاً بمثل ومعنى الاول

بيع الخنطة حذف المضاف وأقيم المضاف اليه مقامه وأعرب بأعرابه ومثمل خبره ومعنى الثاني بيعوا التمر مثلاً بمثل والمراد بالمثالة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روى كيلاً بكيل وكذلك في الموزون وزناً بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما ينطلق عليه اسم الخنطة فان بيع حبة من خنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والردافة بدليل حديث عبادة ابن الصامت جدها ورديتها سواء وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضها بعضاً فان قيل تقدير بيعوا بوجوب البيع وهو مباح أحجب بان الوجوب مصروف الى الضفة كقولك مت وأنت شهيد وليس المراد الامر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهداء اذ مات وكذلك المراد الامر بكون البيع على صفة المماثلة (قوله يدا بيد) المراد به عندنا عين بعين وعند الشافعي قبض بقبض (قوله والفضل ربا) الفصل من حيث الكيل

والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل يدا بيد والفضل ربا وعد الاشياء الستة الخنطة والشعير والتمر والمخ والذهب والفضة على هذا المثال ويرى بروايتين بالرفع مثلاً وبالنصب مثلاً ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائلين لكن العلة عندنا ما ذكرناه

علة تحريم الزيادة كونه مكبلاً مع اتحاد البدلين في الجنس فهي علة مركبة (والاصل فيه الحديث المشهور) أخرج الستة الا البخاري عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثلاً بمثل سواء يسوئاً يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد وأخرج مسلم من حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثله سواء وزاد بعد قوله يدا بيد فن زاد أو استزاد فقد أربى وأخرج مسلم أيضاً من حديث أبي سعيد مثله وزاد بعد قوله قد أربى الا ما اختلفت ألوانه وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير في هذه الروايات بيعوا مثلاً بمثل وأما رواية مثل بالرفع ففي رواية محمد بن الحسن حدثنا أبو خنيفة عن عتيبة العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الذهب بالذهب مثلاً بمثل يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا وهكذا قال الى آخر الستة وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف بإسناده الى عبادة بن الصامت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثلاً بمثل يدا بيد وهكذا الى آخر الاشياء الستة وذكر التمر بعد المخ آخر وفي رواية أبي داود عن عبادة بن الصامت الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها الى أن قال ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يدا بيد وأما نسيئة فلا ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدا بيد وأما النسيئة فلا انتهى ومعلوم أن الجواز في بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة والشعير بل لو كان الزائد الذهب والبر جاز ولكن ذلك محمول على ما هو المعتاد من تفضيل الذهب على الفضة والبر على الشعير (قوله والحكم) يعني حرمة الربا ووجوب التسوية (معلول باجماع القائلين) أي القائلين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فان عندهم حكم الرابا مقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها أما الظاهرية فلا تنهم بيقون القياس وأما عثمان البتي فلا يشرط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر له هنا ولا أنه يبطل العدول ولا يجوز كما في قوله خمس من الفواسق قلنا تعليق الحكم المشتق كالطعام في قوله لا يبيعوا الصاع بالصاعين كما سيأتي عند الشافعي دليل وسنقيم عليه الدليل وأما إبطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به ولا يبطال الممنوع هو الإبطال بالنقص أما بالزيادة بالعلة فلا وتخصيص هذه الستة بالذكر لان عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها وعن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة ابن عقيل من الحنابلة وهو أيضاً مأثور عن قتادة وطاوس قيل فانحرم قوله باجماع القائلين (قوله لكن العلة عندنا ما ذكرناه) يعني القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء وبأحدهما مفر دا يحرم النساء ويحل التفاضل

حرام عندنا وعند فضل ذات أحدهما على الآخر حرام (والحكم معلول باجماع القائلين) احتراز عن قول داود ومن التأخرين وعثمان البتي من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة والنص غير معلول (لكن العلة عندنا ما ذكرناه) من القدر والجنس

(قوله ومعنى الثاني بيعوا التمر) أقول كان الظاهر بيعوا الخنطة (قوله وكذلك في الموزون الخ) أقول أي كذلك المراد بالمماثلة في الموزون المماثلة من حيث الوزن بدليل وزناً بوزن حذف قوله بدليل لدلالة سياق الكلام على تقديره

(وعند الشافعي الطم في المطعومات والتمنية في الاثمان والجنسية شرط) لعمل العلة عملها حتى لاتعمل العلة المذكورة عنده الاعند وجود الجنسية وحينئذ لا يكون لها أثر في تحريم النساء ولو أسلم هرويا في هروى جاز عنده وعندنا لم يجوز لوجود أحد وصفي العلة وسيأتي (والمساواة مخلص) يخلص بها عن الحرمة لانه أى الشارع نص على شرطين التقابض والمماثلة لانه قال يدأ بسد مثل العتسل منصوص بان على الحال والاحوال شروط هذا في رواية النص وفي رواية الرفع يقال معناه على النص لانه عدل الى الرفع للدلالة على الثبوت (وكل ذلك) أى كل من الشرطين (يشعر بالعزة ٣٧٦) والخطر كالشهادة في النكاح) فاذا كان عزيزا خطيرا (يعمل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطم) في المطعومات

(لبقاء الانسان به والتمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك) أى في اظهار الخطر والعزة (فجعلناه شرطاً) والحاصل ان العلة انما تعرف بالتأثير والطم والتمنية أثر كذا ذكرناه وليس للجنسية أثر لكن العلة لا تسلك الا عند وجود الجنس فكان شرطاً لان الحكم يدور مع الشرط وجودا عنده لا وجوباً به (ولنا ان الحديث أوجب المماثلة لشرطاتي البيع) بقوله مثلاً مثل لما امر انه حال بمعنى مماثلاً والاحوال شروط (و) وجوب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث) لاحد معان ثلاثة (لتحقيق معنى البيع فانه يبنى عن التقابل) وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه (أو صيانة لاموال الناس عن التوى) لان أحد البديلين اذا كان أنقص من الآخر كان

وعند الشافعي رحمه الله الطم في المطعومات والتمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعمل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطم لبقاء الانسان به والتمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطاً والحكم قديد ورمع الشرط ولنا أنه أوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيق المعنى البيع اذ هو يبنى عن التقابل وذلك بالتماثل أو صيانة لاموال الناس عن التوى أو تميماً للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند قوته حرمة الربا

كسباً يأتى (وعند الشافعي الطم في المطعومات والتمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص) من الحرمة (وهي) أعنى الحرمة (الاصل) وعند مالك العلة الاقتيات والادخار فكل ما يقتات ويدخر فهو ربا وما لا فلا لانه صلى الله عليه وسلم خص البر وما ذكر معه ليفيد بكل معنى ظاهراً فيه فنبه بالبر على مقتات تم الحاجة اليه وتقوم الابدان به والشعير يشاركه فيه مع كونه علفاً وقوتاً لبعض الناس عند الاضطراب فيلحق به الذرة ونحوها ونبه بالتمر على كل حلاوة تدخر غالباً كالعسل والسكر والزبيب وبالمثل على أن ما أصلح المقتات من المأكولات فهو في حكمها فيلحق الا بالزبيب وما في منها ما هو الذهب والفضة مع لانا بعلة قاصرة عندهم وهي كونها مقيم الاشياء أصول الاثمان وقال الشافعي في القديم العلة الطم مع التكيل أو الوزن وفي الجديد هي الطم فقط في الاربعة والتمنية في النقدين ومنهم من يجعلها عنيهما والتعدى الى الفلوس الرائجة وجهه والصحيح أنه لا ربا فيها لان انتفاء التمنية الغالبة وهو قول أحمد في رواية والجنسية شرط عمل العلة وعن هذا لم يجعل الجنس بانفراده يحرم نساء وعلى الجديد يحرم الربا في الماء وجه قوله صلى الله عليه وسلم الطعام بالطعام مثلاً عتسل رواء مسلم والطعام مشتق من الطم فكان مبدأ الاشتقاق علة وروى لا تبيعوا الطعام الى آخره فأفاد أن الحرمة أصل والمساواة مخلص منها اذ لو اقتصر على قوله لا تبيعوا لم يجوز بيع أحدهما بالآخر مطلقاً لم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لانها هي الاصل فامتنع بيع الحفنة بالحفتين والتفاحة بالتفاحتين والتمر بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص اذ يجوز الحفنة بالحفتين وهذا الطريق يفيد أنها علة منصوصة ولو أخذنا في استنباط علته اذ انالى هذه العلة أيضاً ووجهه أنه نص على شرطى التقابض والتماثل وهذا الاشتراط (يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح) فوجب تعليله بعلة توجب العزة والخطر وفي الطم ذلك يتعلق بقاء النفوس به والتمنية التي بها يتوصل الى تحصيل العروض التي بها حصول المقاصد الاصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات (ولا أثر للجنسية) والقدر (في ذلك) أى في اظهار العزة والخطر (فجعلناه شرطاً والحكم قديد ورمع الشرط) كالرجوع مع الاحصان (ولنا أنه) أى النص المشهور (أوجب التماثل شرطاً للبيع) وإيجاب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث) اذ لا بد فيه من اضممار لفظ يبيعوا حيث انتصب مثلاً أى يبيعوا هذه

التبادل مضياً لفضل ما فيه الفضل (أو تميماً للفائدة باتصال التسليم به) أى بالمماثل يعنى ان في النقدين لكونهما الاشياء لا تبيعان بالتعيين بين شرطتي المماثلة قبضاً بعد ممانلة كل منهما الاخر لتمييم فائدة العقد وهو ثبوت الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود اذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدر الايمان الممانلة من حيث القبض والاوى أن يقال لو لم يكن أحد العوضين مماثلاً لآخر لم تتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان أحدهما أنقص يكون نفعاً في حق أحد المتعاقدين وضراً في حق الآخر واذا كان مثلاً

(قوله وحينئذ لا يكون لها أثر في تحريم النساء) أقول ضميرها راجع الى قوله والجنسية شرط الخ

لأنه يكون نفعاً في حقهما فمقتضى كون الفائدة أتم بعد القبض لكونه نفعاً في حقهما جميعاً ولقائل أن يقول هذه الأوجه الثلاثة المذكورة لا شرط التماثل مما يجب تحقيقه في سائر البياعات لأنها لا تنفك عن التقابل وصيانة أموال الناس عن التوى وتقيم الفائدة بما يجب فيجب التماثل في الجميع لثلاث تخلف العلة عن المعلوم والجواب أن موجبها في الربا هو النص والوجوه المذكورة حكمتها لاعتلته ليتصور التخلف وإذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فوات حرمة الربا أن يكون المشروط يتفق عند انتفاء شرطه ولقائل أن يقول إن غناكم حرمة الربا عند فوات شرط الحل أن لم توجد الوساطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لأن الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه أتم فليطلب غنة (قوله) والمماثلة بين الشئين بيان علة القدر والجنس لوجوب المماثلة بين الشئين وذلك لأن المماثلة بين الشئين (باعتبار الصورة والمعنى) وهو واضح (والمعيار يسوى الذات) أي الصورة (والجنسية تسوى المعنى) فإن كلاً من برساوي كلاً من درمن حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز خنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى ولقائل أن يقول (٢٧٧) قد بين أن المماثلة شرط لجواز البيع في الرويات وعلمتها

والمماثلة بين الشئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لأنه لا يبعد تفاوتاً عارفاً ولأن في اعتباره سد باب البياعات

الاشياء مثلاً بمثل وبهذا تبين أن الإباحة في بيع الأموال الربوية بعضها ببعض هي الأصل وقوله لا تبعوا الطعام الحديث إنما ينصرف النهي إلى ما بعد الانحصر وما جاء به الأراكان وحاصله الأمر بالتسوية عند بيعها ولا شك أن في إيجاب المماثلة لتحقيق المعنى في البيع المنعني عن التقابل إذا كان عقد معاوضة فاستدعى شئين كما أن المماثلة تستدعي شئين وكذا تحقيق معناه بالتماثل فإن كلاً منهما مساو ولا تخفى كونه مستدعى العقد فسوى بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر ليعتبر معنى البيع (أو) أوجب المماثلة (صيانة لأموال الناس عن التوى) فإنه إذا قوبل بنفسه قابل كل جزء كل جزء فإذا كان فضل في أحدهما صار ذلك الفضل تالياً على مالكه فله قصد صيانة أموال الناس عن التوى أو يجب المماثلة بخلاف ما إذا قوبل المال بغير جنسه فإنه لا يتحقق فيه جزء يتقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى الا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في أحدي الجهتين ثم من تنقسم التماثل المساواة في التقابض فإن الحال منية على المؤخر فإيجاب التقابض أيضاً لذلك وبه يظهر قصد المبالغة في الصيانة عن التفاوت حفظاً عليهم أموالهم (والمماثلة بين الشئين) تمامها (باعتبار الصورة والمعنى) والمعيار يسوى الذات أي الصورة (والجنسية تسوى المعنى) فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه أي في العقد وعلم أن الخلو في المعاوضة لا يتحقق الا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل أو الوزن مع الجنس (ولم يعتبر) في إثبات المماثلة عدم تفاوت (الوصف) أما (لأنه لا يبعد تفاوتاً عارفاً) وفيه نظر (أو لأن في اعتباره سد باب البياعات) وهو الوجه لأنه قلما يحل عوضان من جنس عن تفاوت ما لم يعتبر وقوله

في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه أي في العقد قال (ولا يعتبر الوصف) يجوز أن يكون جواب سؤال تقريره أن المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لأنه لا يبعد تفاوتاً عارفاً فإن استوت الذاتان صورة ومعنى تساوي في المالية والفضل من حيث الجودة ساقط العبارة في المكيلات لأن الناس لا يعدون ذلك الآمن باب اليسير وفيه نظر لأنه لو كان كذلك لما تفاضل في القيمة في العرف (أو لأن في اعتباره سد باب البياعات لأن الخنطة لا تكون مثلاً للخنطة من كل وجه والمراد البياعات في الرويات لا مطلق البياعات لأن في اعتبار الجودة في الرويات ليس سد باب مطلق البياعات

(قوله) ولقائل أن يقول إلى قوله لأنها لا تنفك عن التقابل أقول فيه بحث فإنه إذا لم يتحد الجنس لا يظهر انتفاء التقابل والتوى وانتفاء تقيم الفائدة (قوله) ولقائل أن يقول إن غناكم حرمة الربا عند فوات شرط الحل أقول إذا كان مراعاة شرط الحل واجبا على ما يدل عليه الحديث فترك الواجب حرام لا مكره (قوله) ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة (أقول فيه بحث) فإن الحرام ما ثبت بدليل قطعي والمكر وهو الثابت بظني كالقرض والواجب ألا يرى إلى مقابلة البيع المكروه بالفاسد فيما سبق (قوله) ولقائل أن يقول قد بين أن المماثلة إلى قوله بالقدر والجنس الخ أقول فيه بحث فإن المعلل هو وجوب المماثلة لأنفسها

أول قوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديتها سواء والطعم والتمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيال أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل جازاً لبيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في الميعار لا ترى الى ما روي مكان قوله مثلاً بمثل كيلاً بكيال وفي الذهب بالذهب وزناً بوزن (وان تفاضلاً لم يجوز) لتحقيق الربا (ولا يجوز بيع الجيد بالردي بمخافه الربا بالامثال بمثل) لاهدار التفاوت في الوصف

صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء ان صح يفيدُه والا فهو مفاد من حديث بيع التمر بالجنيب والاجماع عليه وعلة اهداره ما ذكرنا وعندنا أمل هذا الكلام بتبادر ان المناظرين لم يتوارد على محل واحد فان الشافعي وكذا مالك عينو العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم وهو لا عينوا العلة بمعنى المعرفة للحكم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة فالوجه أن يتحد المحل وذلك يجعلها الطعم والاقنيات الى آخر ما ذكرنا وعندنا هي قصد صيانة أموال الناس وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من ايجاب المماثلة في المقدار والتفاضل أظهر من أن يخفى على من له أدنى لب فضل عن فقيه وأما الطعم فربما يكون التعليل به من فساد الوضع لان الطعم مما تشتهد الحاجة اليه اشتداداً تاماً (والسبيل في مثل ذلك الاطلاق بأبلغ الوجوه دون التضييق) فان السنة الالهية جرت في حق جنس الانسان أن ما كانت الحاجة اليه أكثر كان اطلاق الشرع فيه أوسع ككلمة والكلام للدواب فان قال دل الترتيب على المشتق عليه قلنا ذلك بشرط كونه صالحاً مناسباً للحكم على أن يمنع أن الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البز والشمير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب ما كوله لا يسعون طعاماً ولا يفهمونه من افظ الطعام لا ترى أن مالكا فيما قدمنا أجاز التصرف في كل مبيع قبل قبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكرو لم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقل والماء والطين الارمني وهو صحيح لولا دليل آخر معه والخاصة بالبيع فيه خلل لان البضع مصون شرعاً وعرفاً وعادة عن الابتدال والاباحة فكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان أصلها الاباحة ويوجد كثير من مباحا حتى الذهب والفضة وانما لم يمتنع فيها العقد بعد تعلق حق انسان به دفعا لمفسدة التغلب فوضعها على ضد وضع البضع من الابتدال والامتنان دفعا للحوادث الاصلية فالخافه به غير صحيح الا أنهم لما حصروا المعرفة في الكيل والوزن أجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة فأجازوا بيع التفاحة بالتفاحتين والحفنة من البر بحفنتين لعدم وجود المعيار المعرفة للسواة فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الاتفاق لا بالمثل وهذا في غير الجوز من العددي المتقارب أمانه فكلام نفي الاسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمن العدوان وكذا التمرة بالتمر لافي حكم الربا لان الجوزة ليست مثلاً للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت الا أن الناس أهذروا التفاوت فقبل في حقهم وهو ضمان العدوان فأما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فغفنت عنده ضمن قيمتها فان أبي الآن يأخذ عنهما أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي لما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحة بثلثتين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدر في الشرع بما دونة فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها وهذا اذا لم يبلغ أحد البدلين نصف صاع فان بلغ أحدهما نصف صاع لم يجوز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعداً بحفنة وفي جمع التفاريق قبل لارواية في الحفنة بقفيز واللب بالجوزة الصحيح ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين أما ان كانت مكاييل أصغر منها كما في دينارنا من وضع ربع القدر وثمان القدر المصري فلا شك

(أول قوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء) قال (والطعم والتمنية) جواب عن جعله الطعم والتمنية علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لان ما يقتضيان خلاف ما أضيف اليهما لان ما كانا من أعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الاطلاق لشدة الحاجة دون التضييق لا ترى ان الحاجة اذا اشتدت أثرت في اباحة الحرام حالة الاضطرار فتكيف تؤثر حرمة المباح بل سنة الله جرت في التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك وعلى هذا فالاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد فلا تكون المساواة مخلصاً عن الحرمة (واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين نقول اذا بيع المكيال أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل أي كيلاً بكيال أو وزناً بوزن) جاز البيع لوجود المقضى وهو المبادلة المعهودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في الميعار كما ورد في المروي وان تفاضلاً لم يجوز لتحقيق الربا بانتفاء الشرط والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردي بالامثال

قال ( ويجوز بيع الحفنة بالحفتين ) أى ومما يترتب على الأصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز بتحقيق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعدم وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل في الحفنة والحفتين فتنتفي المماثلة فينتفي تحقيق الفضل واستوضح ذلك بقوله ( ولهذا ) أى ولان الحفنة والحفتين لم تدخل تحت الميعار الشرعى ولهذا ( كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف ) لامتثالها لوقيت مكيلة أو موزونة لوجب مثلها فان المكيلات ( ٢٧٩ ) والموزونات كلها من ذوات

الامثال دون القيم وعند الشافعى رضى الله عنه لا يجوز لان علة الحرمة وهو الطم وقد وجدت والمخلص المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطم وعدم المساوى وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلا يباع خمس حفات من الحنطة بست حفات منها وهما لم يلبغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير في الشرع بمادونه وأما اذا كان أحد البديلين بلغ حد نصف الصاع والاخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما ( اذا تبايعا مكيلة أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطم والتمنية قال ( واذا وجد حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هرويا في هروى أو حنطة في شعير فخرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما )

( ويجوز بيع الحفنة بالحفتين والتفاحة بالتفاحتين ) لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعى رحمه الله العلة هي الطم والمخلص وهو المساواة فيكرم وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بمادونه ولو تبايعا مكيلة أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطم والتمنية قال ( واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء ) لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الإباحة واذا وجد أحرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هرويا في هروى أو حنطة في شعير فخرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما

وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرين وقال كل شئ حرم في الكثير فالقليل منه حرام ( و ) يتفرع على الخلاف ما لو تبايعا مكيلة أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر ( والجنس ) مع التفاضل على ما قررناه للصيانة ( وعنده يجوز لعدم الطم والتمنية ) هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة أن لا يجوز بيع عبد بعبدين وبغير بيعيرين وجوازه مجمع عليه اذا كان حالا فان قيل الصيانة حكمة فتقاط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا انما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها وصور المال ظاهر منضبط فان المماثلة وعدمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها غير أن المذهب ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن نقادها عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروى بهرويين وفي الاسرار ما دون الحبة من الذهب والفضة لاقية له ( قوله واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه ) وهو القدر ( حل التفاضل والنساء ) كبيع الحنطة بالدرهم أو الثوب الهروى بهرويين الى أجل والجوز بالببيض الى أجل ( لعدم العلة المحرمة ) وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم الحكم لكن اذا اتحدت العلة لزم من عدمها لعدم لا بمعنى أنها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الاصلى واذا عدم سبب الحرمة ( والأصل في البيع ) مطلقا ( الإباحة ) الا ما أخرجه دليل من اصنافه كان الثابت الحل ( واذا وجد ) أى الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر ( حرم التفاضل والنساء ) كالشعير بالشعير لا يجوز الا مع التساوى والتقابض ( لوجود العلة ) المعرفة للحكم على ما بينا ( واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم ) ثوبا ( هرويا في ثوب هروى ) في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل أو الوزن لا يجوز وكذا اذا باع عبد بعبد الى أجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين أو الهروى بهرويين حاضر اجاز ( أو حنطة في شعير ) في صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المساوى وكذا حديث في رصاص ومقتضاه أن لا يجوز فلاوس في خبز ونحوه في زماننا لانهما وزنية ( فخرمة ربا الفضل بالوصفين ) جميعا ( وحرمة النساء بأحدهما )

فالأول ما تقدم والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما أشار اليه بقوله ( والأصل فيه الإباحة ) يعنى اذا كانت أصلا وقد ركت لوجود العلة التي هي القدر والجنس يظهر عند عدمهما لأن العدم يثبت شيا فأذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء ( مثل أن يسلم هرويا في هروى أو حنطة في شعير فخرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما ) حتى لو باع عبد بعبد الى أجل لا يجوز لوجود الجنسية وعنده يجوز

(وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الاشبهة الفضل) بالاتفاق (وحقيقة الفضل غير مانع) من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبد (فالشبهة أولى) قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة فائدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالخديد والرصاص ويمكن أن يقال انما خصه بالذكور لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم يوجد عنده في صورة الجنس وأما في صورة القدر فقد يوجد فانه لا يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الخنطة بالشعر وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو أن التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال الصنف رحمه الله من انه مال الربا من وجهه وتحقيقه ما ثبت ان في باب ال باحقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة تحتاج الى محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز أن يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها والالكات حقيقة أو مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما يجري فيه الربا بالنسيئة مال الربا من وجه نظر الى ان القدر يجتمعهما كما في الخنطة مع الشعر أو الجنس كالهروي مع الهروي اذا كان أحدهما نقدا والآخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم والنقدية أوجبت فضلا في المالية فتتحقق شبهة الربا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون النقدية أوجبت فضلا لشبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة (٣٨٠) هي المعتبرة دون النازل عنها والثاني أن كون شبهة الربا كالحقيقة اما أن يكون

مطابقا أو في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى في المحل والثانية في الحكم وثمة شبهة أخرى وهي التي في العلة وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم لاشبهة الشبهة وعن الثاني ان القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما ان الحقيقة مانعة في

وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الاشبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنتين فالشبهة أولى ولنا انه مال الربا من وجهه نظرا الى القدر أو الجنس والنقدية أوجبت فضلا في المالية فتتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة والنساء بالمسديس غير (وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء) لانه دليل عليه وأبضاد الدليل على نفسه وهو ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن اشتري بعيرين بعيرين الى أجل وهذا يكون سلما وعن ابن عمر أنه باع بعيرا بأربعة الى أجل وعن علي رضي الله عنه أنه باع بعيرا بقال له عصفور بعشرين بعيرا الى أجل والمعنى أن التأجيل في أحد البدين يظهر التفاوت فيه حكما والتفاوت حقيقة أكثر تأثيرا منه حكما فاذا كان التفاوت حقيقة في هذه الاموال بأن باع الواحد بالاثنتين لا يؤثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع اذا كان حالا اتفاقا فتفاوت حكما أولى وهذا معنى قول المصنف لان بالنقدية الى آخره (ولنا انه مال الربا نظرا الى القدر أو الجنس و) عرف أن (النقدية أوجبت فضلا في المالية) حتى تعورف البيع بالحال بأنقص منه بالموجب (فتتحقق) بوجوده (شبهة) علة (الربا) فتثبت شبهة الربا (وشبهة الربا مانعة كالحقيقة الربا) بالاجماع على منع بيع الاموال الربوية بمجازفة وان ظن التساوي وعمالت الصبران في الرؤية وليس

محالها اذا وجدت العلة بكالها فان قيل ما بال المصنف رحمه الله لم يستدل للجانبين بالحديث التي تدل على كل واحد فيه منهما كما استدلل بعض الشارحين بما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن اشتري بعيرين بعيرين الى أجل للشافعي رحمه الله وبما روى أبو داود في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة لنا فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق الاحتمالات للتأويل منعنا عن ذلك فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء فكان الاستدلال به أولى من المذكور في الكتاب فالجواب أن الخصم ان سلم الاجماع فله أن يقول انهم أجمعوا على النساء في كمال العلة لا في شبهتها

(قوله وان كان علة ذلك غير القدر الخ) أقول اذا كان علة ذلك عنده غير القدر صدق أن القدر لا يحرم النساء فلا يظهر وجه التخصيص (قوله وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم الى قوله لتحقق شبهة الربا الخ) أقول أنت خير بان الثابت بحقيقة العلة حقيقة حرمة الفضل لا حقيقة الفضل فينبغي أن يثبت بشبهة العلة حرمة الفضل لاشبهة الفضل فلا يجوز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبد بالعبدين فإذ كره الشارع مغالطة لا يجدي شيئا الا ترى الى قول المصنف بعد سطوره في هذا لو باع الخنطة بنفسها الى ان قال لتوهم الفضل فليتامل (قوله وهو ما ذكرنا) أقول يعني قوله قبل تسعة أسطر تخميننا وهو قوله ما يجري فيه الربا بالنسيئة مال الربا من وجه الخ (قوله فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويلات منعنا عن ذلك) أقول اذا تعارض المحرم والمباح فالتزم المحرم احتياطاً على ما فصل في كتب الاصول وهذا يكفي في الاستدلال لنا والشافعية يستدلون بما روى عن عبد الله كمالا يخفى على من نظري كتبهم (قوله فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء) أقول قوله اجماع الصحابة مبتدأ وقوله على حرمة النساء خبره

وقوله (الا انه اذا أسلم) استثناء من قوله فاذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم التساوي فان ذلك يقتضي عدم اسلام النقود في الزعفران لوجود الوزن كاسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه أما الاول فلأن الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالصنجات وهي معربة ٣ سنك ترزون ونقل عن الفراء أن السنين اقصع ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسني وأما الثاني فلأن الزعفران مثن يتعين بالتعيين والنقود مثن لا يتعين بالتعيين وأما الثالث فلا تلوه باع بالنقود موازنة بأن يقول اشترت هذا الزعفران (٣٨١) بهذا النقد المشار اليه على أنه

عشرة دنانير مثلاً فقبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط أنه منوان مثلاً وقبله المشتري ليس له أن يتصرف فيه حتى يعيد الوزن (واذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى وحكم لم يجمعهما القدر من كل وجه فتزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة) فان الموزنين اذا اتفقا فالمنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك لشبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة (وهي غير معتبرة) لا يقال لم يخرج بذلك عن كونهما موزنين فقد جمعهما الوزن لان انطلاق الوزن عليهما حينئذ لا اشتراك اللفظي ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة وفي عبارة المصنف رحمه الله تسامح فانه قال فاذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة ولهذا قال شمس الأئمة بل نقول اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى وحكما الا اذا جعل قوله صورة على أن معناه صفة كما قال في أول التعليل في صفة الوزن

الا انه اذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقا في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثن يتعين بالتعيين والنقود يوزن بالصنجات وهو مثن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكم لم يجمعهما القدر من كل وجه فتزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فيه الاشبهة ثبوت الفضل بل قالوا لو تباعا بمجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهر امتساوين لم يجز عندنا أيضا خلافا لفران العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لنبيه صلى الله عليه وسلم عن الربا والريبة وكذا الاتفاق على أنه لا يجوز بيع الخنطة بالشعر نسيئة يؤيد ما ذكرنا والتحقيق أن المعول عليه في ذلك ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت مما أخرجه الستة الا البخاري من قوله في آخر الحديث فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد فالزم التقابض عند الاختلاف وهو تحريم النسيئة وكذا ما تقدم من رواية أبي داود لقوله صلى الله عليه وسلم ولا بأس ببيع البر بالشعر والشعير أكثرهما يدا بيد وأما النسيئة فلا وأخرج أبو داود أيضا قال حدثنا موسى بن اسمعيل حدثنا جاد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سمى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة فقام دليلا على أن وجود أحد جزأى علة الر باعلة لتحريم النساء ثم علمنا بأن فيه شبهة الر بأعنى الفضل وانما قلنا هذا لان مقتضى ما ذكرنا من أن للشبهة حكم الحقيقة أن يحرم بأحد الوصفين التفاضل أيضا لان شبهة العلة حكم العلة فيثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرم التفاضل والنساء فيثبت فيهما ثم يقدم هذا الحديث على حديث البعير ببعيرين لانه محرم وذلك مبيح أو يجمع بينهما بأن ذلك كان قبل تحريم الربا ولما كان مقتضى ما ذكرنا لا يجوز اسلام النقود من الدراهم والدنانير في الزعفران وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالاجماع أجاب بالفرق بأن الوزن في النقود وفي تلك الاموال مختلف فانه في النقود بالمناقيل والدراهم والصنجات وفي الزعفران بالامناء والقبان وهذا اختلاف في الصورة بينهما وبينهما اختلاف آخر معنوي وهو أن النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين وأخر حكى وهو انه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له أن يبيعها قبل الوزن وتفسيره لو اشترى دراهم أو دنانير موازنة فوزن البائع بغية المشتري وسلمها فقبضها اجاز له أن يتصرف فيها قبل وزنها نائبا وفي الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن في مثله (فاذا اختلفا) أي النقود والزعفران ونحوه (فيه) أي في الوزن (صورة ومعنى وحكم لم يجمعهما القدر من كل وجه فتزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة) وقوله صورة ومعنى وحكم نشر مرتب بعد الف ولا يخفى أن التعيين بالتعيين وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتبار اختلاف في معنى الوزن وكذا الاول فان الزعفران والمسك والزباد يوزن بالصنجات أيضا وكذلك الاخير بل لا فرق بين النقد وغيره في ذلك وقوله وفي الزعفران واشباهه لا يجوز ان اراد أنه بعد ما تزنه من بائع وقبضه ليس له أن يبيعه حتى

(٣٦ - فتح القدير خامس) فذلك اعتبارا زائدا على ما ذكره شمس الأئمة وقال العراقيون في وجه ذلك انما جاز لان الشرع رخص في السلم والاصل في رأس المال هو النقود فلم يجوز لوجود أحد الوصفين لانسداد باب السلم في الموزونات على ما هو الاصل والغالب فأترشح الرخصة في القبول وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الأئمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العمل ولنا نقول به (قوله وأما الثاني فلان الزعفران مثن الخ) أقول لا يظهر كون هذا اختلاف في معنى الوزن بل ذلك اختلاف معنوي بين الموزنين (قوله لأن انطلاق الوزن عليهما حينئذ لا اشتراك اللفظي) أقول لا يخفى عليك ان نفي اشتراك معنى الوزن مما ينفيه البدئية

قال (وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والمخ وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لان النص أقوى من العرف والا أقوى لا يترك بالادنى

يعيد الوزن ممنوع بل له أن يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعد هذا البيع أن يرتد الآخر ليس له ليصح تصرف الآخر فيه وكذا نقول في الدراهم اذا قبضها او اما أن يقال اذا باع بالدراهم حتى كانت غنما أو باعها له أن يتصرف فيها قبل قبضها بخلاف الزعفران لانه مبيع وذلك عن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكي وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك له في أصل الوزن واذا ضعف هذا فالوجه في هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده الى السمع كما ذكرنا ويلحق به تأثير الكيل والوزن بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود في الموزونات بالاجماع كي لا ينسأ أكثر أبواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقود لا يجوز أن تسلم في الموزونات وان اختلفت أجناسها كاسلام حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك الا اذا خرج من أن يكون وزنا بالصنعة الا في الذهب والفضة فلو أسلم سيفنا بوزن جازا في الحديد لان السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه في الحديد لا يحداد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقدين مثله من جنسه يد ابيد فحسبا كان أو حديد او ان كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فلا يجري فيه بالفضل وان كانت لا تباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا يتغير بالصنعة فلا يجوز أن يخرج عن الوزن بالعادة وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ اسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن أوجب بأن امتناعه لا يمتنع كون النقد مالم يافيه لان المسلم فيه مبيع وهم متعينان للثمنية وهل يجوز بيعا قيل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل وان كان بالنظر السلم فقد قيل لا يجوز وقال الطحاوي ينبغي أن ينعقد بيعا بثمن مؤجل هذا واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالحنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي وقال مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر من تفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما قلنا بل جنسان لانهما مختلفان اسما ومعنى وافراد كل عن الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير يدل على أنهم جنسان والاقال الطعام بالطعام وكون اسم الأعم يصح إطلاقه على الاختص لا يوجب أن جميع ما يصدق عليه يكون متماثلا كالحيوان يطلق على أمور متباينة بلا شك كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك أن يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهية والثوب الهروي والمروى وهو يسكون الراعي جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها وكذا المروى المنسوج ببغداد وخراسان والبلد الارمني والطالقاني جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبه أجناس وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والالبية والاعم وشحم البطن أجناس ودهن البنفسج والخيري جنسان والادهان المختلفة أصناف ولها أجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ رطل مطبوخ مطيب لان الطبيب زيادة (قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه) حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا في الوزن الا ان علم أنهم متماثلان في الكيل أيضا (وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا مثل الذهب والفضة لان النص أقوى من العرف) لان العرف جاز أن يكون على باطل كعارف أهل زماننا في اخراج الشموع والسرير الى المقابر الى العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ولان حجة العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو

(قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا) كالحنطة والشعير والتمر والمخ (فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه وكل ما نص على النص فيه وزنا) كالذهب والفضة (فهو موزون أبدا) لان النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الاعلى من تعارف به والا أقوى لا يترك بالادنى

(ومالم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها) أي عادات الناس (دلالة) على جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله عليه الصلاة والسلام مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن (وعن أبي يوسف رحمه الله اعتبار (٣٨٣) العرف على خلاف المنصوص عليه

أيضا لان النص على ذلك) أي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان للعادة فيه فكان المنظور اليه هو

العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب أن يثبت الحكم على وفاء ذلك (وعلى ذلك لو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا أو ذهب بجنسها متماثلا كيلا) جازعنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز

عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وان تعارفوه لتوهم الفضل على ماهو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوي لوجود الاسلام في معلوم فان المماثلة ليست

بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام على وجه يتي المنازعة في التسليم وذلك

كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وكر في التهمة انه ذكر في المجرى عن أصحابنا انه لا يجوز فكان في المسئلة

روايتان قال المصنف (وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف

على اختلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة وكانت

هي المنظور اليها وقد تبدلت) أقول استقرار الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا

(ومالم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لانها دلالة وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلي هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا أو الذهب بجنسها متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ماهو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجب وزنا لاسلام في الحنطة ونحوها لوجود الاسلام في معلوم

قوله صلى الله عليه وسلم مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الحنطة الربعية بالخر ببقية موزنا ومتساويا لا يجوز (ومالم ينص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو محمول على عادات الناس) في الاسواق (لانها) أي العادة (دلالة) على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم مارآه المسلمون حسنا الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لان العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص وزاد الشافعي أن ما كان مستخر حاشا أصل فهو ملحق به لانه تبع له كالدقيق (وعن أبي يوسف رحمه الله انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك) الكيل في الشيء أو الوزن فيه ما كان في ذلك الوقت الا لان العادة اذ ذلك بذلك (وقد تبدلت) فتبدل الحكم وأوجب بأن تقر به صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفا كذا وجه ولا يخفى ان هذا لا يلزم أبا يوسف لان قصاره أنه كنهه على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطارئ بعد النص بناء على ان تغير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيالنص عليه على وزان ما ذكرناه في سنية التراويح مع أنه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك لكن لما بين عذر خشية الاقتراض على معنى لولا لواظب حكم بالسنية مع عدم المواظبة لانا من آمن بعد التسخيف كذا بالسنية فكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها الى عادة أخرى تغير النص والله أعلم (فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا أو الذهب بجنسها متماثلا كيلا لا يجوز عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله (وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل في أحدهما) وقوله (الا أنه الى آخره) استثناء على قولهم ما من قوله فهو مكيل أبدا أي يلزم أن يتصرف فيه بالكيل أبدا فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزنا فاستثناءه وقال يجوز ذلك لان الصحيح فيه كون المسلم فيه معلوما على وجه لا يكون بينهم ما فيه نزاع وذلك يتحقق بانفاقهما على الوزن بخلاف بيعهما بجنسهما فان الصحيح هناك التماثل بالمسوى الشرعي المعين فالحكم بذكر ذلك المسوى التحق بالخلاف فلا يجوز وهذا مختار الطحاوي وروى الحسن عن أصحابنا رجهما الله أنه لا يجوز لانهم مكيل بالنص والحاصل أن فيه روايتين والفتوى على الاول وقد عرفت الفرق وقوله في الكافي الفتوى على عادة الناس يقتضي أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلا فاسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل اذا اتفقا على معرف كيل أو وزن ينبغي أن يجوز لوجود الصحيح وانتفاء المانع وفي جمع التفاريق روى عنهم جواز السلم وزنا في المكيلات وكذا عن أبي يوسف في الموزونات كيلا انه يجوز وكذا أطلقه الطحاوي فقال لا بأس بالسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا هذا الذي ذكره فرق بين الكيل نصا والوزن عادة وقلبه فأما الوزن نصا وعادة كما في الناهين من جنس واحد حديد أو ذهب أو فضة أحدهما أكثر وزنا من الآخر ففي الناهين من غير التقدين يجوز بيع أحدهما بالآخر اذا كانت العادة أن لا يساعان وزنا لانه عددى متقارب وفي أواني الذهب والفضة لا يجوز زفانه يجري فيه مار بالفضل وان كانت لا تباع وزنا في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه فلا يتغير للصناعة بالعادة وأما في الحديد ونحوه

على ماهو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبني على هذه الرواية

قال المصنف (وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه الخ) أقول استقرار الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا على ماهو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبني على هذه الرواية

قال (وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) (٣٨٤) الرطل بالكسر والقح نصف من والاولا في جمع اوقية كالثقبة والناف قيل

هي وزن سبعة مثاقيل  
وذكر في الصحاح أنه أربعون  
درهما والظاهر أنها تختلف  
بالزمان والمكان وكل ما يباع  
بالاواقى فهو وزنى لأنها  
قدّرت بطريق الوزن  
ذتعديلها إنما يكون بالوزن  
ولهذا يحتسب ما يباع  
بالاواقى وزنا بخلاف  
سائر المكاييل متصل بقوله  
لأنها قدّرت بمعنى أن سائر  
المكاييل لو تقدّر بالوزن  
فلا يكون للوزن فيه اعتبار  
وعلى هذا إذا بيع الموزون  
بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال  
مثله لا يجوز أنه هو الفضل  
في الوزن بمنزلة المجازفة ولو  
كان المبيع بمكيال جاز وإنما  
قيّد بقوله بمكيال لا يعرف  
وزنه لأنه إذا عرف وزنه جاز  
قال في المبسوط وكل شيء  
وقع عليه كيل الرطل فهو  
موزون ثم قال بر يديه الأدهان  
ونحوها لأن الرطل إنما يعدل  
بالوزن إلا أنه يشق عليهم وزن  
الدهن بالأمناء والسنجات  
في كل وقت لأنه لا يستمسك  
الإنسان في وعاء وفي وزن كل وعاء  
حرج فأنخذ الرطل في ذلك  
تيسيرا فعرفنا أن كل الرطل  
يسع موزون بخاز يسع  
الموزون به والاسلام فيه  
بذكر الوزن قال (وعقد  
الصرف ما وقع على جنس  
الاثمان الخ) عقد الصرف  
ما وقع على جنس الاثمان  
وهي النقود يعتبر فيه  
بعض عرضيه في الجنس قوله

قال (وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزن) معناه ما يباع بالاراق لانها قدرت بطريق الوزن حتى  
يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكيال واذا كان موزونا فلا يبيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال  
منه لا يجوز اتهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال (وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان  
يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس)

فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة أيضا من أن يكون موزونا بالعرف (قوله وكل ما ينسب  
الى الرطل فهو وزني) هذا في التحقيق تفسير بعض ألفاظ ربما ينسب اليها المبيع بلفظ بقدر ولم يشتر  
فيها ان السير يرجع الى الوزن كما اشتهر في المن والقنطار أو الى الكيل في الصاع والمد فلا يدري أهذه  
الاسماء من قبيل الوزن فيجوز حكم الوزن على المبيع أو المكمل فيجوز عليه حكم الكيل وذلك كاسم  
الرطل وهو بفتح الراء وكسرها والواقفة فأفاد أن المنسوب اليها من المبيعات وزني فيجوز عليه ذلك فالو  
بيع ما ينسب الى الرطل والواقفة كيلا يكيل متساو بين يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف وزن ما يجهلها  
لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون بيع الخزانة ولو تباعا كيلا متفاضلا وهما متساويا  
الوزن صح وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزنا لا فائدة لئلا يظهر تساويهما وزنا يجوزنا فافادنا  
ان أموال الرابو بيعت بحازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز خلاف الزفر وقول الشافعي كقولنا بل لا فائدة  
انه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتها اليه من الكيل والوزن كان جائزا ثم الرطل والواقفة يختلف فيها  
عرف الامصار ويختلف في المصر الواحد أمر المبيعات فالرطل الآن بالاسكندرية وزن ثلثمائة  
درهم واثنا عشر درهما بوزن كل عشرة سبعة مثاقيل وفي مصر مائة وأربعة وأربعون درهما وفي الشام  
أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله وفي حلب أكثر من ذلك ونفسه سيرا في عبيد الرطل بأنه مائة وعمانية  
وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيره من الكفارات ثم في  
الاسكندرية الرطل المذكور لغير الكتان ورطل الكتان مائة درهم بوزن سبعة وكل رطل في عرف  
ديار مصر والشام وأقطاره اثنا عشر أوقية وربما كان في غيرها عشرين أوقية وحينئذ لا يشكل  
اختلاف كمية الاوقية باختلاف الرطل وفي زمنه صلى الله عليه وسلم كانت أربعين درهما في الاوقية  
مثلا اثنا عشر كاذ كرنا وفي نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل ان هذه الاسماء مع أسماء  
أخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال عنها في عرف الحال وقوله بمكيال  
لا يعرف وزنه الى آخره عرف تقريره (قوله وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان) ذهب وفضة  
بجنسه أو بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتفاضل قبل اشتراط الادان  
وان اختلف الجنس حتى لو عقد العقد للصرف ومشيا فرسخا ثم تقابضا واقتراضا صح وان لا يكون به خيار  
وكذا السلم ولا أجل كذا ذكر وهو مستدرك لان اشتراط التقابض يفيد ولو أسقط الخيار والاجل  
في المجلس عاده بخلاف الزفر وان كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ما سوى التساوي  
واستدل على اشتراط التقابض بقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة وبالاهاء وهاء وروى ابن أبي  
شيبه من حديث ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وبالاهاء وهاء والورق بالورق  
وبالاهاء وهاء والبر بالبر وبالاهاء وهاء والشعير بالشعير وبالاهاء وهاء والتمر بالتمر وبالاهاء وهاء  
ورواه أصحاب الكتب الستة الذهب بالورق وبالاهاء وهاء والبر بالبر بالي آخره وهاء ومد من هاء  
وألف وهمزة بوزن هاء معني على الفتح ومعناه خذوها يعني هو ربا الا فيما يقول كل من مال صاحبه  
خذ ومنه هاؤم اقرؤا كتابه وفسره بأنه يعني يدا بيد في الحديث المتقدم ثم قال (وما سواه) أي ما سوى  
عقد الصرف (مما فيه الربا) من بيع الاموال الربوية بجنسها أو بخلاف الجنس يعتبر فيه التعيين ولا  
يعتبر فيه التقابض فلو اقتراضا فاعتدلتا عن غير قبض جاز عندنا (خلاف الشافعي في بيع الطعام)

ای

قبض عرضيه في الجاس قوله (يعترف به) خبر ثان لقوله عقد الصرف ومعنى يعتبر يجب

(أقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاهنا وهاء) معناه يدا بيد وقد تقدم دلالة على الوجوب وهاء معدودة على وزن هاع ومعناه خذ أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقايضان وفسره بقوله يدا بيد جري إلى أفادة معنى التعيين كائنين (وماسوى جنس الأيمان) من الرويات (يعترف به التعيين دون القبض خلافاً للشافعي في بيع الطعام) أي في كل مطعموم سواء بيع بجنسه كبيع كترخطة بكرخطة أو بغير جنسه ككرخطة بشعير أو غير فانه إذا اختلفا عن قبض فسد العقد عنده استدلال على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لأن القبض يستلزمها الكونها آله فهي كناية وبأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض والنقد منزلة فتثبت شبهة الربا كالخال والموئجل (ولنا أنه مبيع متعين) لأنه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والذابة وغيرها وهذا أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين لأن الفائدة المطلوبة بالعقد انما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج إلى القبض فان قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف أجاب بقوله بخلاف الصرف فان القبض فيه يتعين به فان النقود لا تتعين في العقد قوله (ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام) جواب عن استدلال الخصم بالحديث فانه إذا كان معناه عينا بعين لم يبق دليله على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه عينا بعين ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين متفق بالاجتماع المركب أما عندنا فلا نالان الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من حمل أحدهما على الآخر وقوله (يدا بيد) يحتمل أن يكون المراد به القبض لأنه آله كما تقدم وان يكون التعيين لأنه انما يكون بالإشارة باليد (وقوله عينا بعين) يحكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم ولا يقال لكم (٣٨٥) العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لأنكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام لأن نقول جعلناه في الصرف بمعنى القبض لأن التعيين فيه لا يكون إلا بالقبض فهو في معنى العين في الحال كلها لكن تعيين كل شيء بحسبه ونوقض بأنه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في ما ذهب ببيع ما مثله لئلا يلزم تعيين المعين فان الاناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط

أقوله عليه الصلاة والسلام الفضة بالفضة هاهنا وهاء معناه يدا بيد وسنين الفضة في الصرف ان شاء الله تعالى قال (وماسواء عاقبه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقايض خلافاً للشافعي في بيع الطعام) له قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف يدا بيد ولأنه إذا لم يقبض في المجلس فيتعاقب القبض والنقد منزلة فتثبت شبهة الربا ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لأن الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف و يترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لأن القبض فيه لا يتعين به ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه أي كل مطعموم حنطة أو شعير أو لحوم أو فاكهة فانه يشترط فيه التقايض أقوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد ولأنه يشترط في القبض والتعيين منزلة فيكون كل موئجل اذ يحصل التفاوت في البدلين (ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط في) صحة بيعه (القبض كالثوب) بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك وهذا لأن الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة إلى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لأن التعيين لا يحصل فيه إلا بالقبض فان الدراهم والدنانير لا تتعين بموازنة بالعقد إلا بالقبض قال ومعنى (قوله يدا بيد عينا بعين) وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواية

قال المصنف (أقوله عليه الصلاة والسلام الفضة بالفضة هاهنا وهاء) أقول قال الاتقاني قال المطرزي هاهنا وزن هاع بمعنى خذ منه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابه أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقايضان والقصر خطأ أنه في شرح مسلم للنووي فيه اغتان المد والقصر والمد أفصح وأشهر وأصله هاء فابدلت الهمزة من الكاف ثم قال وغط الخطائي وغيره من المحدثين في رواية القصر وقالوا الصواب المد والفتح وليس بغلط بل هي صحيحة كما ذكرنا وان كانت قليلة (قوله وقد تقدم دلالة على الوجوب) أقول في أوائل هذا الباب وهو قوله فان قيل تقدير بيعوا بوجوب البيع وهو مباح أجيب بأن الوجوب مصر وف إلى الصفة (قوله وهاء معدودة على وزن هاع ومعناه خذ) أقول بمعنى الحديث والله تعالى أعلم بيعوا بالفضة فأنزل كل منكم صاحبه هاء وهاء وفيه بحث بل المعنى متقايضين هاهنا وهاء (قوله أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه الخ) أقول لو صح هذا التفسير يلزم ان يكون القبض شرطاً في غير الأيمان أيضاً اذ لفظ هاهنا وهاء معدودة كور في الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير فليتأمل (قوله المدلول عليهما) أقول يعني ظاهراً (قوله وأما عنده فبالعكس) أقول فيه بحث فان القبض إذا كان شرطاً عنده يكون التعيين أيضاً كذلك اذ لا يوجد القبض الا وان يوجد التعيين فان قيل مراده اشتراط التعيين من حيث دلالة الحديث قلنا انتفاءه أيضاً ممنوع عنده (قوله ولا يقال لكم العمل بعموم المشترك الخ) أقول لا يقال فيه بحث فان عموم المشترك ارادة كلاماً معني المشترك من لفظ واحد وما نحن فيه ليس كذلك وكذا الكلام في الجمع بين الحقيقة والمجاز لانا لاننا لم ان ما نحن فيه ليس كذلك الا ترى أن قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والحب بالحب مثلاً على يدا بيد الحديث على ما ذكر في الكتب المبسوطة

وأجيب بأنه وإن تعين لكنه لما كان (٢٨٦) متخالفة كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في الربا كالحقيقة فاشتراط القبض دفعها

وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتاً في المال عرفاً بخلاف النقد والمؤجل قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرين والجوزة بالجوزتين) لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي يخالفنا فيه لوجود الطعم على ماهر

عبادة بن الصامت يدا بيد وله رواية أخرى عند مسلم عينا بعين ولفظه في مسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ الأسواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو ازال ذاد فقد أربى وفيه قصة وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت بمنوع بل هذا القدر مهدر لا يعذر زيادة ما لم يذكر الاجل وقد استشكل بأنه استدلال بيدا بيد على اشتراط التقابض قبل الاقتراق في الصرف ثم استدلال به هنا على ان الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعميماً لا اشتراكاً وللحقيقة في المجاز والجواب انه فسر هاهنا بيدا بيد وفسر بيدا بيد بالتعيين لرواية عينا بعين واستدلاله به على التقابض في الصرف لا ينفيه لان الاستدلال به هناك انما هو على التعيين أيضاً لكن لما كان التعيين هناك بالتقابض يكون لا بغيره لما قلنا انما لا التعيين الا بالقبض كان الاستدلال به عليه استدلالاً لا عليه لكن ينبغي ان يقال جليداً بيد على معنى عينا بعين ليس أولى من قلبه وأجيب عنه بان رواية عينا بعين تفسير للتعين لان بيدا بيد يحتمل معنيين فهي تفسير له ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لانه يحصل بالقبض ضرورة فلزم ان عينا بعين تفسير ليدا بيد ولقائل ان يدفعه بمنع الاحتمال بل هو ظاهر في التقابض ويجب ان يحمل عينا بعين عليه لان القبض اخص من التعيين وكل قبض يتضمن تعييناً وليس كل تعيين قبضاً وباب الر باب احتياط فيجب ان تحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه كذلك في الصحيحين ان مالك بن أوس اصطف من طلبة بن عبد الله صرافاً بمائة دينار فأخذ طلحة الذهب بقلبه في يده ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال والله لا تفارقه حتى تأخذه منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاهنا وهاء بالبر بالالهاه وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاه وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاه وهاء وهذا استدلال ابن الجوزي على اشتراط التقابض على أبي حنيفة رضي الله عنه وكيف ومعنى هاهنا أخذ وهو من أسماء الافعال ومنه هاء وم اقرؤا كتابه وقال قائل

نزع لي من بغضها السقاء \* ثم تقول من يعيد هاه

وأما منقل من قياس الشافعي على الصرف في اشتراط التقابض قد دفع بان الاسم نفي هناك عن صرف كل الى الآخر ملقى يده والمعاني الفقهاء تعطف على الاسماء الشرعية وليس في الفرع ذلك الا انه لا حاجة له اليه لان الدليل السمي على الوجه الذي قرناه يستقل بطلوبه (قوله ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرين) الى آخره ومضى ذلك سبق وهو ظاهر غير ان ذلك كله مشروط بكونه يدا بيد أو هي من مسائل الجامع الصغير صورته ابيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفلس بفلسين وتمر بتمرين يدا بيد جاز اذا كان بعينه وليس كلاهما ولا أحدهما ديناً وصوره أربع ان يبيع فلساً بغير عينه بفلسين بغير أعيناهما لا يجوز لان الفلوس الراتجة أمثال متساوية قطعاً لا اصطلاح الناس على سقوط قيمة الجوزة منها فيكون أحدهما فضلاً خالياً مشروطاً بالعقد وهو الربا وان يبيع فلساً بعينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز والامساك بالبائع الفلس المعين وطالبه بفلس آخر أو سلم الفلس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لا يستحقه فلسين في ذمته فيرجع اليه عين ماله ويبقى الفلس الآخر خالياً عن العرض وكذلك باع فلسين باعيناهما بفلس بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ودفع اليه أحدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلاً بلا عوض استحق بعقد البيع وهذا على تقدير ان رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن والرابع ان يبيع

واعترض بأن ما ذكرتم انما هو على طريقة تكلم في ان الاثمان لا تتعين وأما الشافعي فليس بقائل به فلا يكون ملزماً والجواب انه ذكره بطريق المبادئ ههنا لثبوته باللائل الملزمة على ما عرف في موضعه (قوله وتعاقب القبض) جواب عن قوله ولانه اذا لم يقبض في المجلس ووجهه المانع تعاقب بعد تفاوتاً في المالية عرفاً كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لان التجار لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد ان يكون حالاً معيناً قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين الخ) بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلاً جائز ان كان موجودين لانعدام المعيار وان كان أحدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس باثفراده يحرم النساء فان قيل الجوز والبيض والتمر جعلت أمثالا في ضمان المستملكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنتين أجيب بأن التماثل في ذلك انما هو باصطلاح الناس على إهدار التفاوت فيعمل بذلك في حقهم وهو ضمان العدوان وأما الربا فهو حق الشارع فلا يعمل فيه باصطلاحهم فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغراً وكبراً وخالفنا الشافعي فيه لوجود الطعم على ماهر

قال ( ويجوز بيع الفلاس بالفلسين بأعيانهم الخ ) بيع الفلاس بمحمسه متفاضلا على أوجه أربعة بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانها وبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانها وبيع فلس بغير عينه بفلسين بأعيانها وبيع فلس بعينه بفلسين بأعيانها ما والكل فاسد سوى الوجه الرابع أما الأول فلان الفلاس رائحة أمثال متساوية قطعاً لا اصطلاحاً للناس على اهدار قيمة الجوده منها فيكون أحد الفلسين فضلاً خالياً عن العوض مشروطاً بالعقد وهو الربا وأما الثاني فلانه لو جاز أمسك البائع الفلس المعين وطلب الآخر وهو فضل خال عن العوض وأما الثالث فلانه لو حاز قبض البائع للفلسين ورد إليه أحدهما مكان ما استوجبه في ذمته فيبقى الآخر بلا عوض وأما الوجه الرابع فيجوز أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لأن الثمنية في الفلس تثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولا يتم ما على غيرهما فثبت أنهما لو لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما إذا كانا بغير أعيانهم ما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين وبهذا يتبين أن الفلاس رائحة أمثال متساوية لا تتعين بالتعيين حتى لو قولت بخلاف جنسها كما إذا اشترى ثوباً بفلاس معينة فهل كانت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة (ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذا لولا بغيرهما عليهما) وما ثبت باصطلاحهما ما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بانهم إذا كسدت بالاتفاق الكل لا تكون ثمنياً باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما إذا كان الكل متفقاً على ثمنيتهم أسواهما وأجيب بأن الأصل في الفلاس أن تكون عروضاً فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الأصل فلا يجوز أن تكون ثمنياً باصطلاحهما الوقوع على خلاف الأصل وأما إذا اصطالحا على كونهم ما عرضوا كان ذلك على وفاق الأصل فكان جائزاً وإن كان من سواهما متفقين على الثمنية وفيه نظر لأنه يناقض قوله أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذا لولا بغير عليهما (٢٨٧) ويمكن أن يقال معناه ان الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما

قال ( ويجوز بيع الفلاس بالفلسين بأعيانهم ) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لأن الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثماناً لا تتعين فصار كما إذا كانا بغير أعيانهم ما وبيع الدرهم بالدرهمين وله ما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذا لولا بغير عليهما ما فثبت باصطلاحهما وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزن بقاء الاصطلاح على العقد في نقضه في حق العقد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لأن الثمنية خلقية وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهم ماله كالي بالكالي وقد نهى عنه وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بائنه يراد به حرمة النساء

فلساً بعينه بفلسين بغيرهما فيجوز خلاف محمد وأصله ان الفلس لا تتعين بالتعيين مادام رأيها عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد وجه قول محمد ان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثماناً لا تتعين فصار كالي بالكالي وقد نهى عنه وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه كبيع الدرهم

وزن بالانهم ما بالاقدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنتين أعرض عن اعتبار الثمنية دون العدد حيث لم يرجع إلى الوزن ولم يكن العدد ملزوم الثمنية حتى ينفى بانتهاف في معدود واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العقد بقوله ان في نقضه يعني الاصطلاح في حق العقد فساد العقد وفيه نظر لأنه مدعى الخصم ولو ضم إلى ذلك والأصل حمله على الصحة كان له ان يقول الأصل حمل العقد عليها مطلقاً أو في غير الرويات والأول ممنوع والثاني لا يفيد (قوله فصار كالجوزة بالجوزتين) بيان لانشكل العددي عن الثمنية وقوله (بخلاف النقود) جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لأن الثمنية خلقية لا اصطلاحاً فلا يبطل باصطلاحهما وقوله (وبخلاف) جواب عما قال كما إذا كان بغير أعيانهم ما فإن ذلك لم يجوز لكونه كالي بالكالي أي نسبة بنسبة وهو منهي عنه (قوله وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه) جواب عن القسمين الباقيين لأن عدم الجواز ثمة باعتبار ان الجنس بائنه يراد به حرمة النساء

قال المصنف ( ويجوز بيع الفلاس بالفلسين بأعيانهم ) أقول الضمير راجع إلى البدلين (قوله اما الأول فلان الفلاس) أقول ولأنه كالي بكالي (قوله واستدل على بقاء الاصطلاح الخ) أقول لا أن تقول ليس قصد المصنف بذلك الاستدلال بل المبالغة في السند (قوله والأول ممنوع الخ) أقول الظاهر انه لا مجال للتعقيد فان الأصل في جميع العقود هو الحمل على الصحة ما أمكن الحمل عليها لأمور المسلمين على الصلاح وتحسين الظن بهم ولا يخفى عليه إمكان حمله عليهم اهتافاً أن الوزن ليس منصوصاً عليه في الخامس والمتعارف في المسكوك مشترك تارة يكون بالعد وتارة بالوزن فليتأمل قال المصنف (لأنه كالي بالكالي وقد نهى عنه) أقول روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الكالي بالكالي قال أبو عبيدة هو النسبة بالنسبة وقال صاحب الفائق كلا الدين كالأف هو كالي إذا تأخر ومنه كلا الله بك كالأمر أي أطوله وأشد تأخره وكلا أي أسلفت

أو بشرط أن يكون من سواهما متفقين على الثمنية وإذا بطلت الثمنية فلهودها عرضاً تتعين بالتعيين فان قيل إذا عادت عرضاً عادت وزنة فكان بيع فلس بفلسين ومن بيع قطعة صفر يقطعتين وذلك لا يجوز أجاب المصنف رحمه الله بقوله ولا يعود

قال (ولا يجوز بيع الخنطة بالدقيق) (٢٨٨) بيع الخنطة بالدقيق أو بالسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا لشبهه

الربا لانها مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانها ماى الدقيق والسويق من أجزاء الخنطة لان الطعن لم يؤثر إلا في تفسير بقى الأجزاء واجتمع لا يصير بالتفريق شيئا آخر اذ ثلثة من وجه لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الخنطة والشعر وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعاني فان ما يتنى من الخنطة لا يتنى من الدقيق فانها تصلح لاختاذ الكسكس والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق وروى الفضل بين الخنطة والخنطة كان ثابتا قبل الطعن وبصيرورته دقية قازالت المجانسة من وجه دون وجه فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك فان قيل لا يجوز اما ان يكون الدقيق حنطة أولا والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لانحالة الاول بوجوب الجواز اذا كان متساويا كذلك أجاب بان المساواة انما تكون بالكيل والكيل غير مسو بينهما وبين الخنطة لاكتنازهما فيه وتخلل حبات الخنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة

قال المصنف (لانهم من اجزاء الخنطة) أقول وانما لم يقل أجزاؤها لان من أجزائها النخالة أيضا

قال (ولا يجوز بيع الخنطة بالدقيق ولا بالسويق) لان المجانسة باقية من وجه لانهم من أجزاء الخنطة والمعارفهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الخنطة لاكتنازهما فيه وتخلل حبات الخنطة

بالدرهمين ولهما ان ثمنها في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تعينت بالتعيين لصيرورتها عروضا اعترض عليه بان الفلوس اذا كسدت باصطلاح الكل لا تكون غنما باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا يصير عروضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على ثمنها أجيب بان الفلوس في الاصل عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز ان تصير غنما باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الاصل وخلاف الناس وأما اذا اصطالحا على كونها عروضا فهو على الاصل فيجوز ان كان من سواهما على الثمنية وقوله ولا يعودو زنيا وان صار عروضا جواب عما يقال يلزم ان لا يجوز بيع فلس بفلسين لانه حينئذ يبيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن فأجاب بان الاصطلاح كان على أمرين الثمنية والعددية واصطلاحهما على اهدار غنمتهما لا يستلزم اهدار العددية فانه لا يلزم من عدم الثمنية وعدم العددية بعد ثبوت الثمنية مع عدم العددية كالنقدين والعددية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض بخلاف الدرهم بالدرهمين لان النقود للثمنية خالقة وبخلاف ما اذا كانا بغير غنمتهما لانه يبيع الكالئ بالكالئ وقد نهى عنه ولا يخفى ضعف قوله لان الجنس بانفراده يحرم النساء وانما يتم لو كان كون المبيع أو الثمن بغير غنمتهما يستلزم النسبة وليس كذلك ألا ترى ان البيع بالنقود يبيع بمائتين مائة ويكون مع ذلك حلالا فكونه بغير غنمتهما ليس معناه نسبة وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير غنمتهما لان الجنس بانفراده يحرم النساء والكالئ بالكالئ قال أبو عبيدة هو النسبة بالنسبة وفي الفائق كلاً الدين بالرفع كلاً فهو كالئ اذا تأخر قال الشاعر \* وعينه كالكالئ الضمار \* بهجور حلا يريد بعينه عطية الحاضرة كالتأخر الذي لا يرجي ومنه كلاً الله بك كلاً العمرأى أكثر تأخرا وتكلاً كلاً أى استنسأت نسبة وحديث النهى عن الكالئ بالكالئ رواه ابن أبي شبة واسحق بن راهويه والبرزقي مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع كالئ بكالئ وضعفه أحمد بن موسى بن عبيدة فقيس له ان شعبة يروى عنه فقال لو رأى شعبة ماراً يسانمه لم يرو عنه ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن أبي يحيى الاسلمى عن عبد الله بن دينار وضعف بالاسلمى ورواه الحاكم والدارقطنى عن موسى بن عبيدة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وغلطهما البيهقي وقال انما هو موسى بن عبيدة الزبيدى ورواه الطبرانى من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالئ بكالئ والحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك (قوله ولا يجوز بيع الخنطة بالدقيق) أى دقيةها بوجه من الوجوه (ولا بالسويق) أى سويق الخنطة اما سويق الشعر فيجوز لان غاية ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائزة لاختلاف الجنس فضلا عن شبهته وانما امتنع لان المجانسة بين الخنطة ودقيةها وان انتفت اسماء وصورة ومعنى موجودة فان المفصود من الخنطة من نحو الهريسة والمقلوة واخراج النشامنتف في الدقيق فهى باقية من وجه لانهم من اجزاء الخنطة وانما يقلل اجزاؤها لان من اجزاؤها النخالة أيضا فالخنطة كسرت على اجزاء صغار وذلك لا يتنى المجانسة والمعارف في كل من الخنطة والدقيق والسويق الكيل والكيل لا يوجب التسوية بينهما لان بعراض ذلك التكسير صارت أجزاؤها مكنترة (فيه) أى في الكيل أى منضعة انضماما شديدا والتمح في الكيل ليس كذلك فلا تحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل فصار

(فلا يجوز وان كان كيلا بكيل) قيل حرمة الربا حرمة تنهاى بالمساواة فى الاصل وعلى ما ذكرتم فى هذا الفرع ثبتت حرمة لا تنهاى فصار مثل ظهار الذى على ما عرف وأجيب بان حرمة الربا تنهاى بالمساواة فى الحنطة أو فى الشبهة والثانى ممنوع فان حرمة النساء لا تنهاى بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثانى ويجوز ان يقال الحرمة تنهاى بالمساواة فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه لا نتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل لتحقيق الشرط وهو وجود المستوى ومتساويا كيلا بكيل قيل حالان متداخلا لان العامل فى الاول بيع وفى الثانى متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين وفائدة ذكر الثانية نفي توهم جواز المساواة وزنا حكى عن الشيخ الامام أبى بكر محمد بن الفضل رحمه الله ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا كيلا ناعما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند أبى حنيفة متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق أجزاء (٣٨٩) حنطة غير مقلية والسويق

أجزاء مقلية فكلا  
يجوز بيع أجزاء بعض  
بالأخر اقيام المجانسة من  
وجه فكذا لا يجوز بيع  
أجزاء بعض بأجزاء بعض  
آخر

فلا يجوز وان كان كيلا بكيل (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) لتحقيق الشرط (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبى حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع أجزاءهما لقيام المجانسة من وجه

بيع أحدهما بالآخر كيلا كبيع الجراف لذلك الاحتمال وحرمة الربا ناعما كانت منتهية بالعلم بالمساواة الا فيما لا اعتبار به مثل أن يتفق كبس فى كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء فى الأخرى فإذا لم يتحقق العلم بها صارت منتفية بالضرورة (فلا يجوز وان كانت كيلا بكيل) مساووقا ونساقا فى الشافعى فى الاظهر عنه وسفيان الثوري وأجد فى رواية خلافا لمالك وأجد فى أظهر قوليه لان الدقيق نفس الحنطة فرقت أجزاءها فاشبهه بيع حنطة صغيرة جدا بكبيرة جدا وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة بعروض الطعن يدفعه وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف إلا أن الشافعى أجازها لان النخالة ليست من أموال الربا لانه لا تطعمهم وقولنا المعيار فى الحنطة والدقيق الكيل لا يراد به الا فيما اذا بيع بجنسه أما بالدرهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدرهم وكذا الدقيق وغير ذلك (قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) وهو قول أحمد وكذا الاستقراض كيلا والسلم فيه كيلا ومنع الشافعى بيع الدقيق بالدقيق لانه لا يعتدل فى الكيل لانه ينكس بالنكس فلا يتحقق التساوى فى الكيل ونحن ننعى كونه لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التفاوت بالنكس يتوهم مثله فى كيل القمح وقد سقط اعتباره وفى الذخيرة عن الامام الفضل انما يجوز اذا تساويا كيلا لانا كانا مكبوسين وهو حسن ولفظ متساويا نصب على الحال ونصب كيلا على التمييز وهو بمنزلة مثل نصب عرفا والاصل متساويا كيله وفى بيع الدقيق بالدقيق وزنا روايتان وفى الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع فقال فى جنس آخر فى الزرع والثمار وكذا بيع الدقيق بالدقيق وزنا لا يجوز وفيها أيضا سواء كان أحد الدقيقين أحسن أو أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة وفى شرح أبى نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة والذى فى الخلاصة أحسن لا هذا ذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المتحول بغير المتحول لا يجوز الا بمائلا وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبى يوسف بأن كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة التى فى الدقيق ثم قال المصنف (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز) أى لا يجوز بيع دقيق نوع من الحنطة أو الشعير بسويق ذلك النوع عند أبى حنيفة متفاضلا ولا متساويا مادقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا

(٣٧ - فتح القدر خامس) أيضا ويحتمل أن يكون قيد الرابا هو الأنا نسب بقوله فان حرمة النساء الخ والاول أقرب فليتنامل وأنت خبير بأن قوله ويجوز أن يقال الخ يعين الاحتمال الثانى والالزام التكرار (قوله ويجوز أن يقال الحرمة تنهاى بالمساواة فلا بد من تحققها الخ) أقول بان يكون كالا البدلين نسبية فانه لا يجوز للزوم الكائى بالكائى (قوله ومتساويا كيلا بكيل حالان متداخلا) أقول فكلا ينبغى ان يكون بمعنى مكيلين لكن الظاهر عندى ان انصباب كيلا على التمييز أى متساويا كيله قائل وسيجيء من الشارح تفسير كيلا بقوله أى من حيث الكيل فى شرح قوله والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا فكذلك كالتصريح بكون كيلا تميزا (قوله اقيام المجانسة من وجه) أقول مع انتفاء المستوى (قوله بأجزاء بعض آخر) أقول لذلك أيضا

وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق انما اذا الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلبث بالسمن أو بالعسل أو يشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنس ان في بيعه كيف سئتم بعد ان يكون يد ابيد والجواب أن معظم المقصود وهو التغذي يشمله ما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير المقلية (والعلكة بالسوسة) التي أكلها السوس والمقلية هي المشوية من قلى يقلى اذا شوى (٣٩٠) ويجوز مقولته من قلا يقلو والعلكة هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها

تند من غير انقطاع والسوسة العثة وهي دودة تقع في الصوف والنباب والطعام ومنه حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة قال (ويجوز بيع اللحم بالحیوان) بيع اللحم بالحیوان على وجوه منها ما اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار الفلة والكثرة كافي اللحمان المختلف على ما تبين ومنها ما اذا باعه الحيوان من جنسه كما اذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق ان كانا متساويين في الوزن والافلا ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحة غير مفصولة عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول أكثر وهو أيضا بالاتفاق ومنها ما اذا باعه بجنسه حيا وهو مسلة الكتاب وهو جائز عند محمد (الا اذا كان اللحم المقرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي

وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما فلا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالسوسة قال (ويجوز بيع اللحم بالحیوان) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المقرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي

شك في جواز (وعندهما يجوز) بيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا (لانهما) أي دقيق الخنطة وسويقهما مثلا (جنسان) وان رجعا الى أصل واحد (لاختلاف المقصود) اختلافا كثيرا بعد القلي والطحن فان المقاصد من الدقيق مثل أن يصنع خبزا أو عصيدا أو طرية وهو شبه الرشتا لا يتأتى من السويق كما ان ما يقصد بالسويق وهو أن يذاب مع عسل ويشرب أو يلبث بسمن وعسل ويؤكل لا يتأتى من الدقيق واذا كانا جنسين جاز بيع أحدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا أو بخنيفة يمنع انهما جنسان وله طريقان أحدهما أن يبيع الخنطة المقلية بالخنطة غير المقلية لا يجوز اتفاقا وذلك ليس الا اعتبارا لتحديد الجنس وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لا كتناز أحدهما فيه دون الآخر والدقيق أجزاء غير المقلية والسويق أجزاء المقلية ولم يرد الدقيق على الخنطة الا بتكسيه بالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحادهما والثاني وعليه اقتصر المصنف أن يبيع الخنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا يبيع الخنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك الا لاستلزامه بالفضل وربا الفضل لا يثبت الامع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والخنطة والدقيق أجزاء الخنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم يمتنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقا قواهم اختلفت المقاصد وذلك اختلاف الجنس (قلنا أعظم المقاصد) هي متحدة فيه (وهو التغذي فلا يبالى بفوات بعضها) الذي هو دون المقصد الأعظم بدليل الحكم بالتحديد بالجنس في الخنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع أحدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما في ذلك المقصود الأعظم مع فوات ما دونه من المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للريرة ولا تطحن فيستخدمها خبز (و) كذا (العلكة) أي الجيدة السائلة من السوس (مع المسوسة) ومع ذلك جعلها جنسا واحدا غير ان المسوسة يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من أن الكيل لا يسوي بينهما فأما يبيع الخنطة المقلية بالمقلية فاختلافها قليل يجوز اذا تساوا وازداد كره في الذخيرة وقيل لا وعليه عقول في المبسوط وجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والاول أولى ومسوسة بكسر الواو كأنها هي سوست أي أدخلت السوس فيها (قوله ويجوز بيع اللحم بالحیوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف) سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا مساويا لما في الحيوان أو لا بشرط التعيين أما بالنسبة فلا لامتناع السلم في الحيوان واللحم وفصل محمد رحمه الله فقال إن باعه بلحم غير جنسه كلحم البقرة بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيما كان وإن كان من جنسه كلحم شاة بشاة حية فشرطه أن يكون اللحم المقرز أكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم وباقي اللحم

(قوله لانهما جنسان لاختلاف المقصود) أقول

لا يقال اختلاف المقاصد حاصل في الخنطة مع الدقيق مع انهما جعلاهما متحدى الجنس من وجه اذا المسئلة (بمقابلة) اتفاقية فبالهما هاتم يجعل الدقيق والسويق كذلك لان الخنطة اذا قليت صارت بالقلي كأنها جنس آخر لاختلاف المقاصد واذا فرقت الاجزاء يصير المتفرق غير المجتمع أيضا من وجهه ففي الخنطة مع الدقيق سبب الاختلاف من وجه حاصل مرة وفي الدقيق مع السويق مرتين فافترقا فليتا مثل

بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربا (ما من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم) والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن (فصار كالحل) أي الشريح (بالسمسم ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون) لأن اللحم موزون لا بحالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة وينقل أخرى يضرب قوة فيه فلا يدري أن الشاة خففت نفسها أو ثقلت بخلاف مسألة الحل بالسمسم لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجير ووزن (٣٩١) الثجير وهو ثقله وهذا في الحقيقة

جواب عما يقال إن السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل والسمسم عند التمييز بين الدهن والثجير ولا يشمل اللحم والحيوان بحال وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان ثم عيّر الثجير ووزن فيعرف قدر الحل من السمسم والحيوان لا يوزن في الابتداء حتى إذا ذبح ووزن السقط وهو لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكروش والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنس أيضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالأرادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد أن يكون يدايد فان قيل إذا اختلف الجنس لم يشملهما الوزن جاز البيع نسبة وليس كذلك أوجب بأن النسبة إن كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وإن كانت في البديل الآخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز

بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربا (ما من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسمسم ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون لأن الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة بصلايته وينقل أخرى بخلاف تلك المسألة لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجير ووزن الثجير

(بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربا) لما زيادة السقط إن كان اللحم المفروض مثل ما في الحيوان من اللحم أو زيادة اللحم إن كان اللحم أقل مما في الشاة فصار كبيع الحل بالمهملة وهو دهن السمسم لا يجوز الأعلى ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلق والجلد والأكراع ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز إذا تساوى أو زنا بالاجماع والمراد بالمسلوخة المفصلة من السقطوان كانت بسقطها لا يجوز الأعلى الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل أما عندهما فظاهر لأنه لو اشتراها باللحم جاز كيفما كان فكذلك إذا اشتراها بشاة مذبوحة وأما على قول محمد فأنما يجوز لأنه لحم بلحم وزيادة اللحم في أحدهما مع سقطها بازا السقوط على هذا شأن مذبوحان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلم يجوز لأن اللحم عنده وزيادة لحم الشاة بازاء الجلد ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجلد وعدمه وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره خلافا للزني من أصحاب الشافعي فإنه قال كقول أبي حنيفة وأبي يوسف ولو باعه بلحم غير حسنه كالحق البقرة بشاة فقال مالك وأحمد يجوز وللشافعي قولان والأصح لا يصح لعدم نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله في الإطلاق (أنه باع موزون بما ليس بموزون) فغايبته اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع العنب والسبب مع السمن لكن اتحادهم مع اختلاف المقدرة إنما يمنع به النساء فقلنا بشرط التعيين ولا يجوز النساء فيه وإنما قلنا أن الحيوان ليس بموزون (لأنه لا يوزن عادة) فليس فيه أحد المقدرين الشرعيين الوزن أو الكيل لأن الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لأنه ينقل نفسه ويخففها فلا يدري حاله بخلاف الدهن والسمسم (لأن الوزن يعرف قدر الدهن إذا ميز بين الثجير ثم يوزن الثجير) هذا على النزول والأفهام على ما قال غير المصنف يعتبر أن لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين أخذنا من قوله تعالى فكسونا العظام لحما ثم أنشأنا خافقا آخر أي بعد نفخ الروح فعلم أن الحي مع الجناح جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر من غير اعتبار وإنما امتنع النساء لأنه حيثئذ سلم وهو لا يجوز كما قدمناه وأعلم أن السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحيوان ومنه ضعيف وقوى فن القوي مارواه مالك في الموطأ وأبو داود في المراسيل عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وفي لفظ نهي عن بيع الحي بالبيوت ومرسل سعيد مقبول بالاتفاق وقال ابن خزيمة حدثنا أحمد بن حفص السلمي حدثني أبي حدثني إبراهيم بن طهمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه قال البيهقي إسناده صحيح ومن أثبت سماع الحسن من سمرة عنه موصولا ومن لم

(قوله والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل الخ) أقول أي وزن السمسم في الحال عند المبيعة يشمل أي يظهر شموله أياها عند التمييز (قوله وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان الخ) أقول يعني وزن الحل الذي جعل مبيعا فيعلم مقداره ووزن السمسم الذي جعل في مقابله ويعلم قدره أيضا حيثئذ يستخرج الدهن من السمسم فيوزن الثجير فبعد العلم بقدر الثجير يعرف قدر الحل المستخرج من غير احتياج إلى وزنه فانما يلزم في الوزن الأول للسمسم لتلك المعرفة ففعل المراد من تعريف الوزن أياه في الحال هو هذا (قوله وفي ذلك اختلاف الجنس أيضا الخ) أقول هذا طريق آخر لهما لا يثبت مدعاها

(قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً) بيع الرطب بالتمر متفاضلاً لا يجوز بالاجماع ومثلاً مثل حوزة أبو حنيفة خاصة (وقال لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن أبي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر) وقال (أينقص اذا جف فقبل نم قال لا اذا) أي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف (٢٩٢) وفيه اشارة الى اشتراط الامانة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف وبالكيل في الحال

لا يعلم ذلك (قوله فقال عليه الصلاة والسلام) هو الدليل ولا ي حنيفة المنقول والمعقول أما الاول فلانه صلى الله عليه وسلم سمي الرطب تراً حين اهدى رطباً فقال أو كل تمر خير هكذا بيع التمر بمثله جائز لما روينا من الحديث المشهور وأما المعقول فما روى أن أبا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكنا شديداً عليه لمخالفته الخبر فاحتج بأن الرطب لا يخلو ما أن يكون تراً أولاً فان كان تراً جاز العقد بأول الحديث يعني قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فأورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقلة واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن سلنا قوته في الحديث ولكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور واعتراض بأن التريد اند كور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما أن تكون حنطة فتجوز بأول الحديث أو لا فتجوز بآخره فتم من قال ذلك كلام

قال (ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً) عند أبي حنيفة (وقال لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه أو ينقص اذا جف فقبل نم فقال عليه الصلاة والسلام حين اهدى اليه رطب أو كل تمر خير هكذا سماء تراً وبيع التمر بمثله جائز لما روينا لانه لو كان تراً ثبته فهو مرسل جيد وأنت تعلم ان المرسل عندنا حجة مطلقة وأسند الشافعي الى رجل مجهول من أهل المدينة أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حتى يمت وأسند أيضاً عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان وبسنده الى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبي بكر بن عبد الرحمن أنهم كرهوا ذلك وهو لا تابعون وحديث أبي بكر رضي الله عنه لعلة بالمعنى فان مشايخنا ذكروه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن جزوراً تمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاءه اعرابي بعنقه فقال اعطوني هذا العناق لحاف فقال أبو بكر رضي الله عنه لا يصح هذا وتأولوه على أنه كان من ابل الصدقة فخرأيت صدقه (قوله ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً) عند أبي حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رجهم الله لا يجوز) فقد ترد أبو حنيفة بالقول بالجواز وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا متمثلاً للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى مالك في الموطأ عن عبد الله ابن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص انه سئل عن البيضاء بالسلت فقال سعد أيها أفضل قال البيضاء فتماه عن ذلك وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عن ذلك فهذا حكم منبه فيه على علمته وهو كونه ينقص في أحد البديلين في فاني الحال عن المساواة ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح (ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين اهدى له رطب أو كل تمر خير هكذا سماء) أي سمي الرطب (تراً) وهذا انما يتم اذا كان المهدي رطباً وليس كذلك بل كان تراً أخرج الشيخان في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أنابني عدى الانصاري رضي الله عنه فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أ كل تمر خير هكذا فقال لا والله يا رسول الله اننا أخذنا اصاع من هذا بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل أو يبعوا هذا واشتروا منه من هذا وكذلك الميزان ولفظ آخر اننا أخذنا اصاع من هذا بالصاعين والصاعين الثلاثة فقال لا تفعل بيع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيناً والجمع أصناف مجموعة من التمر وما ادعاه بعض الخلافين فيمن حلف لا يأكل تمرافاً كل رطباً انه يحنث فليس كذلك بل المذهب انه لا يحنث لان مبناها على العرف وسند كرماته ثم قال المصنف (ولانه ان كان تراً) هذا اللفظ يحكي عن أبي حنيفة انه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر فسألوه عن التمر فقال الرطب اما أن يكون تراً أو لم يكن فان كان تراً جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فأورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وأبدله

حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما ينشأ من اطلاق اسم التمر عليه فنثبت أن التمر اسم لثمره خارجة من النخل من حيث تنعقد صورتها الى أن تدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره ويجوز أن يقال انه حنطة

(قوله لا اذا) أقول مقول قول لقوله عليه الصلاة والسلام (قوله فأورد عليه حديث سعيد) أقول الظاهر أن يقال سعد (قوله من اطلاق اسم التمر عليه) أقول أي اسم التمر

جازا البيع بأول الحديث وإن كان غير غريبا آخره وهو قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عنه النقلة قال (وكذا الغنم بالزيب) يعني على الخلاف والوجه ما بيناه

(قوله فيجوز بأول الحديث)

قلنا إنما جاز أن لو ثبتت المماثلة بينهما كيلا ولا تثبت لما قيل أن القلي صنعة يغرم عليها الاعواض فصار كمن باع قضيزا بقضيز ودرهم لا يقال ذلك راجع إلى التفاوت في الصفة وهو ساقط كالجودة لأن التفاوت الراجع إلى صنع الله ساقط بالحديث وأما الراجع إلى صنع العباد فغير بدليل اعتبار بين الندة والنسيئة فكل تفاوت ينبني على صنع العباد فهو مفسد كما في المقلية بغيرها والخنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة كما في الرطب والتمر والجيد والردى والغنم بالزيب على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف إشارة إلى قوة دليل أبي حنيفة رحمه الله

(قوله وله عبر بالخلاف دون الاختلاف) أقول الفرق بين الخلاف والاختلاف سبق في باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب

المصنف بقوله (ضعيف عند النقلة) وغلط بعض الشارحين المصنف في قوله زيد بن عياش فإن المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغطاي قال الامام الزيلعي المحرر رحمه الله ليس ذلك بصحيح قال صاحب التنقيح زيد بن عياش أبو عياش الدورقي ويقال المحرري ويقال مولى بني زهرة المدني ليس به بأس وغير مشايخنا ذكرنا أن أبا حنيفة إنما قال هو مجهول وقد رددت بين كونه عمرا وأولاً بأن هنا قسمائنا وهو كونه من الجنس ولا يجب وزيبه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم نسوية الكيل بينهما فكذلك الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل وإنما يسوي في حال اعتدال البديلين وهو أن يحذف الآخر وأبو حنيفة ينعى ويعتبر التساوي حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال إذا كان موجه أمر أخفيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فأن في الحال تحكم بعدم التساوي لا كتناز أحدهما في الكيل بخلاف الآخر لاختلاف كثير ورد طعنه في أبي عياش أيضا بأنه ثقة كما قلنا أنما من قول صاحب التنقيح وأيضا روى عنه مالك في الموطأ وهو لا يروي عن رجل مجهول وقال المنذري كيف يكون مجهولا وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله ابن زيد مولى الاسود بن سفيان وعمران بن أبي أنس وهما ممن احتج بهم ما مسلم في صحيحه وقد عرفه أئمة هذا الشأن وقد أخرج حديثه مالك في الموطأ مع شدة تحريمه في الرجال وقال ابن الجوزي في التحقيق قال الامام أبو حنيفة زيد أبو عياش مجهول فإن كان هو لم يعرفه فقه مدعوه أئمة النقل ثم ذكر ما ذكرنا وقد أجيب أيضا بأنه بتقدير صحة السند فالمراد النهي عنه نسيئة فإنه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسيئة أخرجه أبو داود في سننه عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن زيد أن أبا عياش أخبره أنه سمع سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالرطب نسيئة وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار ورواه الدارقطني وقال اجتماع هؤلاء الأربعة نسيئة على خلاف ما رواه ابن أبي كثير يدل على ضبطهم للحديث بربط الأربعة مالكا واسماعيل بن أبي أمية والضحال بن عثمان وآخر وأنت تعلم أن بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لأن المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وإن كان الأكثر لم يوردها إلا في زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد ومثلهم لا يغفل عن مثلها فالتها مردودة على ما كتبناه في تحرير الأصول وما نحن فيه لم يثبت أنه زيادة لما في مجلس واحد اجتماعه فبسه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسماع فما لم ينظروا أن الحال كذلك فالأصل أنه قاله في مجالس ذكر في بعضها ما تركه في آخر والله الموفق لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة أينقص الرطب إذا حفر عربا عن الفائدة إذا كان النهي عنه نسيئة وما ذكرنا أن فائدة أن الرطب ينقص إلى أن يحل الاجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار نقصان عند الجفاف فنعى على طريق الاشفاق مبنى على أن السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه (قوله وكذا الغنم بالزيب يعني على الخلاف) عند أبي حنيفة يجوز مع التساوي كيلا وعندهما لا يجوز وقوله (والوجه ما بيناه) لهما يعني في منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أينقص إذا حفر باعتبار اشتماله على العلة المنبهة عليها ولا يبي حنيفة أن الزيب أمان جنس الغنم فيجوز منساوياً بالأول فيجوز مطلقا ونقل القدوري في التقريب عن أبي جعفر أن جواز بيع الزيب بالغنم قولهم جميعا وذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز إلا على الاعتبار فقال المصنف

(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبار بالخطة المقلية بغيرها) وهذه الرواية تقوى قول من قال الحجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لما ورد باطلاق اسم التمر على (٣٩٤) الرطب جعل انواعا واحدا جازا لبيع مثلا غسل ولم يرد باطلاق اسم العنب

على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعي المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز تماثلا كبا عندنا لانه يبيع التمر بالتبر وكذا يبيع الخطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة أو التمر أو الزبيب المنقوع بالمنقوع منهما متماثلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وقال محمد رجه الله لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو المال وأبو حنيفة رجه الله يعتبره في الحال وكذا أبو يوسف رجه الله عملا باطلاق الحديث الا أنه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روي عنه وجه الفرق لخدمته الله بين هذه الفصول

(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبار بالخطة المقلية بغير المقلية) فانه لا يجوز البيع لان القلي كائن بصنع العباد فتعدم الطاقة التي كانت الخطة بهم مثلية بخلاف التفاوت الحاصل بأصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لا يعتبر فهذا هو الاصل فصاري بيع العنب بالزبيب أربع روايات لا يجوز اتفاقا يجوز اتفاقا وهي رواية أبي جعفر على الخلاف وهي رواية الكتاب يجوز عندنا وعندهما لا يجوز الا على الاعتبار لان الزبيب موجود في العنب فصار كالزيتون والفرق لاني حنيفة على رواية المنع بين العنب بالزبيب وجواز الرطب بالتمر ان الاستعمال ورد باطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا (وأما الرطب بالرطب فيجوز تماثلا كميلا) وكذا العنب بالعنب يجوز (عندنا) وبه قال مالك وأحمد والشافعي وكذا الخلاف في كل غرة لها حال جفاف كالتمين والتمش والجوز والكسرى والرمان والاحاص لا يجيز بيع رطبه برطبه كالا يجيز بيع رطبه بيا بيه لانه لا يعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان أحدهما أكثر من الآخر وكذا الخلاف في الباقلاء الاخضر عذله

لان بين الباقلاء اثنين فضاء بتفاوت فيمنع تعديله الكيل فكان كبيع الخطة المقلية بغير المقلية وبيع الخطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة أو المبلولة باليابسة يجوز وكذا يبيع التمر المنقوع والزبيب المنقوع باليابس ومنهما يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد في الفصول كلها من بيع الخطة المبلولة الى هنا والمنقوع اسم مفعول من أنقع الزبيب في الخابية فهو منقوع وأصله ان محمد يعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو المال عند الحفاف كما اشار اليه حديث سعد وذلك منتف في المبلولة والرطبة مع مثلها أو باليابسة أمام اليابسة فظاهر وأما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البطل قال الحلواني الرواية محفوظة عن محمد أن يبيع الخطة المبلولة باليابسة انما لا يجوز اذا انتفخت أما اذا بليت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اذا تساوى كميلا وأبو حنيفة وأبو يوسف يعتبران المساواة بتأويل التساوي في الحال (عملا باطلاق الحديث) أي حديث عبادة بن الصامت وغيره (الا أن أبا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روي عنه) من حديث سعد بن أبي وقاص وهو مخصوص من انقياس فلا يلحق به الا ما كان في معناه والخطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه والرطوبة في الرطب مقصودة وفي الخطة عيب وفي البسوط ذكر في بعض النسخ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو قوله الآخر وقوله الاول كقول محمد وقد نقض ما تقدم من الاصل وهو ان التفاوت بصنع العباد معتبر في المنع وما بأصل الخلقة لا بالخطة المبلولة فان الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد وبها يحصل التفاوت مع انه جاز العقد أوجب بأن الخطة في أصل الخلقة رطبة وهي مال الربا ذاك والبل بالماء يعيدها الى ما هو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلي (وبوجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول) من

الفرق بين هذه الفصول يعني بيع الخطة الرطبة والمبلولة الى آخرها

بيع

(قوله وهذه الرواية تقوى قول من قال الخ) أقول فيه بحث فان تقويتها انما هي لاعتبار التفاوت الصنعي اذ بذلك لا يمكن الوقوف على المساواة سواء أطلق الاسم أو لا بعد أن يكون من جنسه

وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في أعدل الاحوال وفيه في الحال ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وحاصله أن التفاوت اذا ظهر مع بقاء البديلين أو أحدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو منفسد لكونه في المعقود عليه واذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البديلين فليس بفسد اذا لم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يكون معتبراً (ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد واراد على البديلين بالتسمية وأما اذا كان بالإشارة الى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار اليها وهي لا تبدل قال (ولو باع البسر بالتمر الخ) يبيع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لانه غير لما ينأ (٢٩٥) أن التمر اسم لثمره النخل من أول ما تنعقد صورته وبيع به

وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البديلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لان البسر غير بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من أول ما تنعقد صورته لا قبله والكفري عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسبة لا يجوز للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسهم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسهم فيكون الدهن بمثابة الزيت والزيادة بالشيرج)

بيع الخنطة الرطبة الى هنا حيث منعه (وبين الرطب بالرطب) حيث أجازوه وكذلك بين العنب بالعنب فإنه يجزئه وحاصله (ان التفاوت) ان ظهر مع بقاء الاسم على البديلين أو أحدهما فسد العقد وان ظهر بعد زوال الاسم عنهم لا يفسد ففي الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البديلين عن الاسم الذي عقد عليه العقد فان الاسم حينئذ التمر والزيت فلا يكون تفاوتاً في المعقود عليه وفي الخنطة المبلولة وما في معناه لا يتغير فيظهر في نفس المعقود عليه فيمتنع (ولو باع البسر بالتمر) متساوياً يجوز (ومتفاضلاً لا يجوز لان البسر غير بخلاف الكفري) وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصوراً كم النخل وهو أول ما ينشئ (حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر) أي كيلاً من التمر بكيلين من الكفري وقلبه لانه ليس بتمر (لان) الكفري لم ينشأ بعد في صورة التمر (وهذا الاسم) أعني التمر له (من أول ما تنعقد صورته لا قبله) وبهذا استدلل بعضهم لابي حنيفة في بيع الرطب بالتمر فورد عليه انه لو حلف لأبى كل غرافاً كل رطباً لا يحنث فكان غيره فأجاب بالمنع بل يحنث وليس يصحح بل المسئلة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة بأنه لا يحنث وكذا ادعى انه يحنث فيما اذا حلف لأبى كل غرافاً كل بسراً ولم يكن به حاجة الى هذا الذي يفهمه أن الايمان مبنية على العرف وكلا مناهيه لغة وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين انعقد الى أن يطيب ثم يحلف من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الاول وقوله (والكفري عددي متفاوت الى آخره) جواب سؤال هو أنه اذا لم يكن الكفري غيراً ينبغي أن يجوز اسلام التمر فيه وشراء التمر به نسبة فقال الكفري عددي متفاوت بالكبر والصغر تفاوتاً غير مهادر فلا يجوز اسلامه فيه ولا أن يشتري به نسبة للجهالة فنفع المنازعة (قوله ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسهم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج) معلوماً أنه (أكثر مما في الزيتون والسهم) فلو جهل أو علم أنه أقل أو مساو لا يجوز فالاحتمالات أربع والجواز في أحدها بأنه اذا كان أكثر كان الظاهر منه بمنزلة من الدهن المفرد (والزائد) منه (بالمقابلة) (الشيرج) وفي فتاوى قاضيان رجه الله انما يشترط أن يكون الخالص

ما تنعقد صورته وبيع به متساوياً من حيث الكيل يبدأ بجائز بالإجماع وبيع الكفري بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمي به لانه يستمر في جوفه بالتمر جائز متساوياً ومتفاضلاً يبدأ بسلان الكفري ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة (قوله والكفري عددي متفاوت) قيل هو جواب سؤال تقريره لولم يكن تمر الجاز اسلام التمر في الكفري لكنه لم يجوز وتقرر الجواب أنه عددي متفاوت بالصغر والكبر وتفاوت أحاده في المبالغة فلا يجوز اسلام فيه للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الخ) الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير قبل أن يتغير شيرج وهو نهر بيب شيره والمراد به ههنا ما يتخذ من السهم وأعلم أن المجانسة بين الشيتين تكون تارة باعتبار العين وأخرى باعتبار

ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز بيع قفيز خنطة عسكة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا يجوز بيع الخنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع أحدهما بالآخر فلا يخلو إما أن تعلم كمية ما يستخرج من الزيتون أو لا والثاني لا يجوز ولهم الفصل الذي هو كالحق في هذا الباب

(قوله ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم الخ) أقول ولك أن تقول المراد بالضمير الرجوع الى الاسم في قوله عقد عليه هو معنى المسمى بطريق الاستخدام أو يقال المضاف مقدر أي مسماه بقرينة جعله معقوداً عليه اظهر أن ما عقد عليه العقد هو المسمى حقيقة لا الاسم فاندفع الاشكال

والاول اما أن يكون المنفصل أكثر أولا والثاني لا يجوز لتحقيق الفضل وهو بعض الزيت والتجبر ان نقص المنفصل عن المستخرج من الزيت والتجبر وحده أي ساواة على تقدير أن يكون التجبر ذاقية وأما ما لم يكن كافي الزبد بعد اخراج السمن اذا كان السمن الخالص مثل ما في الزبد من السمن فانه يجوز (٢٩٦) وهو المروى عن أبي حنيفة والاول جائز لوجود المقتضى وانتفاء المانع والشريح

لان عند ذلك يعرى عن الزبد ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان أكثر أو مساوياً به فالجبر وبعض الدهن أو التجبر وحده فضل ولولم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الزبد والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدنه والابن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع

أكثر اذا كان الثقل في البذل الآخر شيأه قيمة أما اذا كان لاقية مثله كافي الزبد بعد اخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد يروى ذلك عن أبي حنيفة وقال زفر يجوز مع عدم العلم لانه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقلنا الفساد غالب لانه على تقدير النقصان والمساواة والصحة على تقدير الاكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به وعند الشافعي لا يجوز هذا البيع أصلاً لعدم العلم بالنفاصل وقت العقد واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فتعني النسبة كافي المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشريح مع السمس وتتنق باعتماد ما مضى فيفت اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت والشريح فصارا جنسين باختلاف ما أضيفا اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والفرص ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا دهن الزهر في ديار ناد دهن البان أصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالاختلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا قالوا الوضوح الى الاصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى أجازوا بيع قفيز سمس مطيب بقفيزين غير مطيب وعلى هذا يجوز بيع رطل لو زمطبق برطل لو زغير مطبق وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق بزهر النارنج برطل دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطل زيت لم يطيب فجمعوا الرائحة التي فيها بازاء الزيادة على الرطل خلافا لشافعي فانه لا يجوز دهن المطيب وغيره الامثلة غسل وأورد أنه ينبغي أن يجوز بيع السمس بدنه بأى وجهه كان لان الدهن وزنى والسمس كيلي أوجب بأنه لما كان المقصود من السمس ما في ضمنه من الدهن كان بيع الجنس بالجنس فان قيل فيجوز بيع السمس بالسمس متفاضلا صر فالسمن من دهنه وتجيده الى خلاف جنسه أوجب بأن الصرف يكون عند الانفصال صورة كمسألة الاكرار ولا ضرورة هناك منفصلة وقوله (والجوز بدنه والابن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدسه على هذا الاعتبار) يعني ان كان الدهن المفرد والسمن والدبس أكثر ما يخرج من الجوز والابن والتمر جاز وقد علمت تقييده بما اذا كان الثقل له قيمة وأظن ان لاقية لثقل الجوز الا أن يكون بيع بقشره فيوقد وكذا العنب لاقية لثقله فلا تشتط زيادة العصير على ما يخرج والله أعلم (واختلفوا في القطن بغزله) فبعضهم لا يجوز زمتساو بالان القطن يتقص بالغزل فهو كالخنة مع الدقيق وقال بعضهم يجوز وفي فتاوى قاضيان لا يجوز الامتساو بالان أصلهما واحد وكلاهما موزون وإن اخرج أحدهما عن الوزن جاز متفاضلا وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال وقال المصنف بالاجماع وعن محمد أن بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه أنه لا يجوز مطلقا وهكذا عن أبي حنيفة أيضا ثم ذكر

بالسمس والجوز بدنه والابن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدسه على هذا الاعتبار ولقائل أن يقول مثلا السمس يشتمل على الشريح والتجبر فاما أن يكون المجموع منظورا اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشريح بالسمس مطلقا لان الشريح وزنى والسمس كيلي أو من حيث الاقرار فيجوز بيع السمس بالسمس متفاضلا صر فالسمن واحد من الدهن والتجبر الى خلاف جنسه كما اذا باع كز خنطة وكز شعير ثلاثة اكرار خنطة وكز شعير أو يكون أحدهما إما الدهن أو التجبر منظورا اليه فقط والثاني منتف عادة والاول يوجب أن لا يقابل التجبر بشئ من الدهن وليس كذلك والجواب أن المنظور اليه هو المجموع من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمس بالسمس متفاضلا قوله صر فالسمن لكل واحد من الدهن والتجبر الى خلاف جنسه قلنا ذلك اذا كانا منفصلين خلة كافي مسألة الاكرار

لظهور كمال الجنسية حينئذ والدهن والتجبر ليسا كذلك واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساو يا فليل لا يجوز لان القطن ينقص بالغزل فهو نظير الخنة بالدقيق وقيل يجوز لان أصلهما واحد فكلاهما موزون وان اخرج أحدهما من الوزن لا بأس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضيان وبيع الغزل بالثوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيفما كان بالاجماع وهذا يخالف ما روى عن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز مطلقا

(قال ويجوز بيع اللحم الخ) كل ما يمكن به نصاب الاخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقرة والجواميس متفاضلا وعنه أنه لا يجوز والعرب والبخاري والمعر والضان فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الاخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقرة والغنم فيجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكذلك الألبان وعن الشافعي رحمه الله أن المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوى فكان الجنس متحدا ولنا أنهم افروغ أصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الاصل بوجوب اختلاف الفرع ضرورة كالدهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المطهومات والتفكه في الفواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشك بالظهور فإن بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار أنه لا يوزن عادة فليس يوزن ولا كيل فلم يتناول القدر الشرعي (٣٩٧) وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا (قوله اذا لم

تبدل بالصنعة) قيل مراده ان الاتحاد الاصول بوجوب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم تبدل بالصنعة فاذا تبدلت الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة وان كان الاصل متحدا كالهروى والمروى وفيه نظر لان كلامه في اختلاف الاصول لافي اتحادها فكأنه يقول اختلاف الاصول بوجوب اختلاف الاجزاء اذا لم تبدل بالصنعة وأما اذا تبدلت فلا توجهه وانما يوجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغيير الاجناس مع اتحاد الاصل كالهروى مع المروى مع اتحادهما في الاصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادهما مع اختلاف الاصل كالدهان المعشوشة المختلفة الغش

قال (ويجوز بيع اللحم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الابل والبقرة والغنم فأما البقرة والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضأن وكذا العرب مع البخاري قال (وكذلك ألبان البقرة والغنم) وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز زلناها جنس واحد للاتحاد المقصود ولنا أن الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة فكذا أجزاؤها اذا لم تبدل بالصنعة قال (وكذا اخل الدقل بخل العنب) للاختلاف بين أصليهما فكذا بين ما بينهما وهذا كان عصيرهما جنسين

أنه لا بأس ببيع الخلو ج بالقطن والغزل بالقطن اذا كان يعلم أن الخالص أكثر مما في الآخر وهذا في الخلو ج مع القطن ظاهر لان الفاضل بازاء حب القطن وهو ما ينتفع به وقد يعلف لبعض الدواب وأما في الغزل فكأنه ليكون الفاضل من القطن المقرب بازاء صنعة الغزل فنقل الاجماع انما هو باعتبار الاقوال المعول عليها دون الروايات (قوله ويجوز بيع اللحم) جمع لحم (المتنوعة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقرة والغنم) لانها أجناس مختلفة لا اختلاف أصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين (فأما البقرة والجواميس) (فجنس واحد) لا يجوز بيع لحم البقرة بلحم الجواميس متفاضلا (وكذا المعز مع الضأن والعرب مع البخاري) لا يجوز بيع شيء مع الآخر متفاضلا لاتحاد الجنس وانما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضلا لانه ليس مال الربا لا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن في عادة يار مصر بعظمه وقوله ومراده الى آخره يحسنه به عن قول مالك فان عنده اللحوم كلها ثلاثة أجناس الطيور جنس والدواب أهلها وحشيش جنس واحد والحيوانات (وكذا البان البقرة والغنم) يجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الاصلين (وعن الشافعي أن اللحوم والابلان جنس واحد للاتحاد المقصود) من الكل وهو التغذي وهذا قول الشافعي غير المختار والصحيح من قوله أنه مثل قولنا ثم دفع هذا القول بأن أصولها (مختلفة) الاجناس (فكذا أجزاؤها اذا لم تبدل بالصنعة) فانها حينئذ تعد أجناسا ولهذا جاز بيع الخبز بالدقيق والسويق متفاضلا (وكذا اخل الدقل بخل العنب) متفاضلا وكذا عصيرهما (لاختلاف أصليهما) جنسا وتخصيص الدقل وهو ردي التمر باعتبار العادة لان الدقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا

(٣٨ - فتح القدر خامس) مثل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبية فانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول قال (وكذا اخل الدقل بخل العنب الخ) الدقل هو ارد التمر وبيع خله بخل العنب متفاضلا جائز بديانته وكذا حكم سائر التمور ولما كانوا يجعلون اخل من الدقل غالبا خرج الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل للاختلاف بين أصليهما وهذا كان عصيراهما يعني الدقل والعنب جنسين بالاجماع

(قوله لان ذلك باعتبار أنه لا يوزن عادة) أقول وينبغي ان يستثنى منه لحم الدجاجة فانه يوزن في أكثر البلاد قال المصنف (فكذا أجزاؤها اذا لم تبدل بالصنعة) أقول ولعل المعنى وكذا تختلف أجزاؤها تلك الاصول بحسب اختلاف الاصول لاتحادها مع بعضها اذا لم تبدل بالصنعة فان تلك الاجزاء اذا تبدلت بالصنعة زال الاتحاد مع أصلها فلا يكون اختلافها لا اختلاف أصولها بل الصنعة كالخبز والاناة والتمهمة على ما نبين فليتدبر (قوله قيل مراده) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله فكأنه يقول اختلاف الاصول الخ) أقول ما خوذ من الحجازية

(وشعر المعز وصف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد) فجاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا وهذا يشير إلى أن اختلاف المقصود كالتبديل بالصنعة في تغيير الأجزاء مع اتحاد الأصل فإن المقصود هو المقصود باختلافه بوجوب التغيير واختلاف المقصود فيهما ظاهر فإن الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه البود والقفافة لا يقال لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لأن المقصود منهما متماثل فكان الجنس متحدا لأننا لا نسلم ذلك فإن لبن البقر قد يضر حين لا يضر لبن الغنم فلا يتحد المقصد إليهما والاولى أن يقال قلنا أن اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الأصول ولم نقل اتحاد المقصود بوجوب الاتحاد عند اختلاف الأصول فالأصل أن يوجب اختلاف الأصول باختلاف الأجزاء والفروع إلا عند التبديل بالصنعة وان يوجب الاتحاد الأصول (٣٩٨) الفروع إلا عند التبديل بالصنعة أو اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه

نقض ومن هذا يتبين أنه مانع راجع فلا يعارضه اتحاد الأصول ويسقط ما قبل شعر المعز وصف الغنم بالنظر إلى الأصل جنس واحد وبالنظر إلى المقصود جنسان فينبغي أن لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيحاً لجانب الحرمة لأن المقصود راجع قال (وكذا شحم البطن بالليسة أو باللحم) لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً والدقيق متفاضلاً لأن الخبز صار عددياً وموزوناً فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خير فيه والفتوى على الأول وهذا إذا كانا نقدين فإن كانت الحنطة نسيئة جازاً وبضاً وان كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله

(و) أما شعر المعز وصف الغنم (فجنسان لاختلاف المقاصد) بخلاف لهما ولبنهما جعل جنساً واحداً كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فإن ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف فصار ما يوجب اختلاف الأمور المتفرعة ثلاثة أشياء اختلاف الأصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فإن قيل بالنظر إلى اتحاد الأصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلاً وزناً وبالنظر إلى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلاً فينبغي أن لا يجوز متفاضلاً تغليباً للحرمة فالجواب أن ذلك عند تعارض دليلهما وتساويهما في ترجيح المحرم وهذا ليس كذلك فإنه لا يقاوم الصورة المعنى والزم على تغليب جانب المعنى كون ألبان البقر والغنم جنساً واحداً لاتحاد المقصود وأجيب عن اتحادهما بأن البقر يقصد للسم ولبن الأبل لا يتأتى منه ذلك وكذا أغراض الأكل تتفاوت فإن بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضأن وكذا في الأبل ومن الاختلاف بالصنعة ما قدمنا من جواز بيع أناء صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر وكذا القمعة بقمة قيمتين وأبرة بآبرتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من أحد النقيدين فيمتنع التفاضل وإن اختلفا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العدد والصورة (ويجوز بيع شحم البطن بالليسة أو باللحم) واللحم بالليسة متفاضلاً (لأنها أجناس لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً) وأما شحم الخنزير ونحوه فتابع اللحم وهو مع شحم البطن والليسة جنسان وكل ذلك لا يجوز نسيئة لأن الوزن يحكمهما وأما الرأس والأكارع والجلود فيجوز زيادة كيفما كان لأن نسيئة لا نهلم يضبط بالوصف حتى إن السلم فيه لا يجوز (قوله) ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً يدا بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة (لأن الخبز صار) أما (عددياً) في عرف (أوموزوناً) في عرف آخر (فخرج من أن يكون) مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة) فبفرض كون الجنسية جمعت ما اختلف القدر فجاز التفاضل والدقيق أما كيلي فكذلك أو وزني على ما عليه عرف بلادنا ومن جعله وزنياً لم يثبت الجنسية بينه وبين

نقض ومن هذا يتبين أنه مانع راجع فلا يعارضه اتحاد الأصول ويسقط ما قبل شعر المعز وصف الغنم بالنظر إلى الأصل جنس واحد وبالنظر إلى المقصود جنسان فينبغي أن لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيحاً لجانب الحرمة لأن المقصود راجع قال (وكذا شحم البطن بالليسة أو باللحم) لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً أما اختلاف الصور فلا يوجب ضرورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوّره ولا شك في ذلك عند تصوّر هذه الأشياء وأما اختلاف المعاني فلا نه ما يفهم منه عند إطلاق اللفظ وهما مختلفان لا بحالة وأما اختلاف المنافع فكافة الطب قال (ويجوز بيع

الخبز بالحنطة) بيع الخبز بالحنطة والدقيق إما أن يكون حال كونه مانقدين أو حال كون أحدهما نقد والآخر نسيئة فإن كان الأول جازلاً نه صار عددياً أو موزوناً فخرج عن كونه مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلاف الجنس وإن جاز القفاضل

(قوله لا يقال لو اختلف الجنس الخ) أقول يعني إذا غلب جانب المقصود على جانب الأصل حتى غدا المختلفان مقصوداً مع اتحاد أصلهما جنسين مختلفين ينبغي أن يعدا المختلفان فيه متحدين في الجنس إذا اتحد المقصود منهما بناء على ذلك التغليب فلا يجوز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلاً وإذا كان مراد القائل ما سمعت فلا يندفع ذلك بما ذكره السارح في حيزه والاولى كما لا يخفى بل لا بد من بيان الفرق (قوله فلا يوجب ضرورة ما يحصل منه في الذهن الخ) أقول فعلى هذا يكون ذكر المعاني مستغنى عنه لعموم الصور لها والظاهر أن المراد بالصور والأشكال

(وعليه الفتوى) وروى عن أبي حنيفة أنه لا خير فيه أي لا يجوز والتركيب للباغية في النهي لأنه نكرة في سياق النفي فتم نفي جميع جهات الخبز وان كان الثاني فلا يخالو إما أن تكون الحنطة والدقيق نسيئة أو الخبز فان كان الأول جازلانه أسلم موزوناً فيمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره وان كان الثاني جازعند أبي يوسف رحمه الله لأنه أسلم في موزون ولا يجوز عندهما المأخذ كقول المصنف (والفتوى على قول أبي يوسف) وهذا يغني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني قول أبي يوسف وإنما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لتلاصيص استبداد الإسلام فيه قبل القبض ولا خير في استقراضه عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لأنه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقه وبالخبز باعتبار حذقه وعدمه وبالتنوير في كونه جديداً فيجب عذبه جيداً أو عتيقاً فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فإنه في أول التنوير (٣٩٩) لا يجبي مثل ما في آخره وهذا هو المانع

عن جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز استقراضه عدداً ووزناً ترك قياس السلم فيه للتعامل وعند أبي يوسف يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في آحاده عليه مخطط رقبته لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع ولا يتحقق الربا لعدم تحقق الربا بعد وجود البيع بحقيقته في دار الإسلام مشتملاً على شرائط الربا دليل على عدم جواز البيع

قال المصنف (ولاربا بين المولى وعبد الخ) أقول قال العلامة الكاكي وفي المبسوط فلو كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضاً ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه

وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتفاوت بالخبز والخبز والتنوير والتقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في آحاده قال (ولاربا بين المولى وعبده) لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا إذا كان مأذوناً ولم يكن عليه دين

وبين الخبز فيجوز التفاضل أيضاً وروى عن أبي حنيفة أنه لا خير فيه وهذه العبارة لنفي الجواز بطريق التأكيد للنكرة في النفي وبهذا القول قال الشافعي وأحمد لشبهة المجانسة إذ في الخبز أجزاء الدقيق أو ان الدقيق بعرض أن يصير خبزاً فيشترط المساواة ولا يدري ذلك (والفتوى على الأول) وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين عدداً أو وزناً كيفما اصطالحوا عليه (وهذا إذا كانا قدين) فاما بيعهما نسيئة (فان كانت الحنطة نسيئة) أو الدقيق بأن أسلم الخبز فيهما فدفعه نقداً (جازاً أيضاً وان كان الخبز) نسيئة بأن أسلم حنطة أو دقيقاً في خبز لم يجز عند أبي حنيفة لأنه لا يوقف على حذقه فإنه يتفاوت في الصنعة عذبه وخبراً وكذا عند محمد لأنه عددي عنده ويكون منه الثقيل والخفيف (ويجوز عند أبي يوسف لأنه وزني) أو يجوز بشرط الوزن ان كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفات مضبوط فوعهما وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى إذا أتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي حتى لا يصير استبداد الإسلام فيه قبل قبضه إذا قبض متجاوزاً ما هو دون ما سمي صنعة وإذا كان كذلك فالاحتياط في منعه لأنه قل أن يقع الاخذ من النوع المسمى خصوصاً فيمن يقبض المسلم فيه في أيام متعددة كل يوم كذا كذا رقيقاً فقل ان لا يصير مستبدلاً (ولا خير في استقراض الخبز عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لأنه يتفاوت بالخبز والخبز والتنوير) باعتبار كونه جديداً أو عتيقاً (والتقديم) في التنوير (والتأخير) عنه ويتفاوت جودة خبزه بذلك وإذا منع أبو حنيفة السلم فيه وباب السلم أوسع حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراضها فهو لا استقراضه أمتع (وعند محمد رحمه الله يجوز بهما) أي عدداً أو وزناً (للتعامل) بين الجيران بذلك والحاجة قد تدعو إلى ذلك بين الجيران (وعند أبي يوسف يجوز وزناً لا عدداً للتفاوت في آحاده) ومحمد يقول قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالباً والقياس بترك التعامل وجعل المتأخرين الفتوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن (قوله ولا ربا بين المولى وعبده) أي المأذون غير المدين (لأنه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا)

فلا يسلم له مال بقرع من دينه كالأخذ لا بجهة العقد سواء اشترى منه درهمين أو لآلان ما أعطى ليس بعوض سواء قل أو كثر فعليه رد ما قبض لحق الغرماء وكذا أم الولد والمدر لان كسبه مال بخلاف المسكين لان المسكين صار كالحر يد أو قصر فاني كسبه فيجزي الرابينة وبين مولاه كما يجزي بينه وبين غيره انتهى وفيه إشارة إلى أنه لا ربا بين المولى وعبده إذا كان على العبد دين وما ذكره في الكتاب يدل على جريان الربا بينهما إذا كان عليه دين ولعل ما في المبسوط على مذهب الأمامين فان المولى يملك كسب المدين عندهما كما يجبي في المأذون فراجع (قوله لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع) أقول أي مع عدم تعلق أحدهما بما قد تاب ذلك لئلا يرد على التفرع اشكال بأن مجرد الملكية لا يبق البيع ألا يرى إلى ما استدل به أبو يوسف ومحمد على تحقق الربا بينهما إذا كان العبد مدين بربا فليتأمل (قوله لعدم تحقق الربا) أقول تأمل في صحة هذا التفرع فإنه يلزم منه المصادرة (قوله بعدم وجود البيع بحقيقته الخ) أقول أي صورة وظاهراً

(فإذا كان عليه دين يتحقق الربا بالان مافي يده ليس ملكا لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما) وان كان ملكه لكن لما (تعلق به حق الغرماء صار كالاجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند (٣٠٠) أبي حنيفة ومحمد رحمه الله خلافا لابي يوسف والشافعي رحمه الله لهما الاعتبار

بالمستأمن من أهل الحرب في دارنا فإنه اذا دخل الحربى دارنا بأمان وباع درهمين بدرهم فإنه لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم دار الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالى عن العوض المستحق بعهدة البيع ولا بى حنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن ولان مال أهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستأمن انما منع من أخذه لعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربى ماله برضاه زال المعنى الذى حظر لاجله (قوله بخلاف المستأمن) جواب عن قياس وتقريره أن المستأمن منهم في دارنا لا يحل لاحد أخذه ماله لانه صار محظورا بعهدة الامان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة

(قوله صار كالاجنبي فيتحقق الربا) أقول أى شبهته اذ الشبهة كافية في المحرمات قال المصنف (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاربا بين

فان كان عليه دين لا يجوز لان مافي يده ليس ملكا للمولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) خلافا لابي يوسف والشافعي رحمه الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فبأى طريق أخذ المسلم أخذا مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعهدة الامان

لعدم تحقق البيع وكذا المدبر وأما الولد (فان كان عليه دين لا يجوز) أى البيع بطريق الربا (أما عند أبي حنيفة) فله عدم ملكه لما في يده عبده المأذون المدبون فهو أجنبي عنه فيتحقق الربا بينهما (وعندهما) ان لم يزل ملكه عما في يده لكن (تعلق بما) في يده (حق الغرماء فصار) المولى (كالاجنبي) عنه (فيتحقق الربا) بينهما (كما يتحقق بينه وبين مكاتبه) وفي المبسوط ذكر أنه لا يتحقق الربا بينهما مطلقا ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كالأخذ لاجهة البيع سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أولا بخلاف المكاتب لانه صار كالخريد وتصرفا في كسبه فيجوز الربا بينهما (قوله ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي) ومالك وأحمد وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الاصلى والمسلم الذى أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها فلو باع مسلم دخل اليهم مستأمنادرهما بدرهمين حل وكذا اذا باع منهم مبيته أو خنزيرا أو قمارهم وأخذ المال يحل كل ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ومن ذكرنا (لهم) اطلاق النصوص فانهم لم تقيد المنع بكان دون مكان والقياس على المستأمن منهم في دارنا فان الربا يجري بين المسلم وبينه فكذا الداخل من اليهم بأمان ولا بى حنيفة ومحمد ما روى أنه صلى الله عليه وسلم (قال لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب) وهذا الحديث غريب ونقل ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ذلك قال الشافعي قال أبو يوسف انما قال أبو حنيفة هذا لان بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لاربا بين أهل الحرب أظنه قال وأهل الاسلام قال الشافعي وهذا الحديث ليس بثابت ولا حجة فيه أسنده عنه البيهقي قال في المبسوط هذا مرسل ومكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول ولان أبابكر قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى الم غلبت الروم الآية قالت له قريش ترون أن الروم تغلب قال نعم فقال هل لك أن تخاطرنا بخاطرهم فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين أبي ففعل وغلبت الروم فاسأفا أخذ أبو بكر خطره فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين أبي بكر ومشركى مكة وكانت مكة دار شرك (ولان مالهم مباح) واطلاق النصوص في مال محظور وانما يحرم على المسلم اذا كان بطريق الغدر (فاذا لم يأخذ غدر فبأى طريق يأخذه حل) بعد كونه برضا (بخلاف المستأمن منهم) عندنا (لان ماله صار محظورا بالامان) فاذا أخذه بغير الطريق المشروعة يكون غدرا وبخلاف الزنا ان قيس عليه الر بالان البضع لا يستباح بالاباحة بل بالطريق الخاص أما المال فيباح بطيب النفس به وابطاحته وهذا لا يفيد معارضة اطلاق النصوص الا بعد ثبوت حجة حديث مكحول وقد يقال لو سلم حجته فالزيادة بخبر الواحد لا تجوز واثبات قيدزائد على المطلق من نحو

المسلم والحربي في دار الحرب) أقول قال ابن العز قال في المغنى هذا خبر مجهول لم يروى في صحيح ولا مسند ولا كتاب موثوق به وهو مع ذلك مرسل محتمل ويحتمل ان المراد بقوله لاربا النهى عن الربا كقوله تعالى فلا ترفث ولا فسوق ولا جدال في الحج انتهى وعلى تقدير صحته لا يصلح مقيد للمطلقات مثل لانا كل الربا الا زاد بخبر الواحد على الكتاب قيسل المراد من النصوص الر باقى مال محظور ومال أهل الحرب غير محظور لا لعرض من الغدر فليتأمل

لانا كوا

## ﴿باب الحقوق﴾

قيل كان من حق مسائل هذا الباب ان تذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيع لأن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب بما هو من مسائله وهناك هكذا وقع وكذا ههنا ولأن الحقوق توابع فليقتد كرها بعد ذلك مسائل المتبوع قال (ومن اشترى منزلاً ففوقه منزل) ذكر ثلاثة أسماء المنزل والبيت والدار فسرهم ليبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى تصرّح ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه قال الدار اسم لما أدير عليه الحدود والبيت اسم لما يات فيه والمنزل بين البيت والدار لأنه يتأني فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب وإذا عرف هذا فن اشترى منزلاً ففوقه منزل لا يدخل الاعلى في العقد لأن يشتر به ويصرح بذلك كراحدى هذه العبارات الثلاث بأن يقول بكل حق هو له أو عرفه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه (ومن اشترى بيتاً ففوقه بيت) وذكر كراحدى العبارات الثلاث (لم يدخل الاعلى ومن اشترى (٣٠١) داراً بحدودها) ولم يذكر كراشياً من ذلك (دخل فيه العلو والكنف)

وهذا لأن الدار لما كان اسماً لما أدير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل واجزائه دخل فيه والبيت اسم لما يات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتخصيص مع ضرب قصور اذا لا يكون فيسه منزل الدواب فله شبه بالدار يدخل العلوفه تبعاً عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه

## ﴿باب الحقوق﴾

(ومن اشترى منزلاً ففوقه منزل فليس له الاعلى إلا أن يشتره بكل حق هو له أو عرفه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ومن اشترى بيتاً ففوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو والكنف) جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينظم العلو لأنه اسم لما أدير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل وأجزائه فدخل فيه والبيت اسم لما يات فيه والعلو مثله والشئ لا يكون تبعاً مثله فلا يدخل فيه الا بالتخصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لأنه يتأني فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذا لا يكون فيسه منزل الدواب فله شبه بالدار يدخل العلوفه تبعاً عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه

لأن كلاً من الرابا ونحوه هو الزيادة فلا يجوز زو يدفع بالقطع بأن المطلقات مراد بمحلها المال المحظور بحق المالكه ومال الحربى ليس محظوراً الا لتوقى الغدر وهذا التقرير فى التحقيق يقتضى أنه لو لم يرد خبر مكحول أجازة النظر المذكور أعنى كونه مباحاً للعارض لزوم الغدر الا أنه لا يخفى أنه انما يقتضى حل مباشرة العقد اذا كانت الزيادة ينالها المسلم والر بأعم من ذلك اذ يشمل ما اذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر وجواب المسئلة بالحل عام فى الوجهين وكذا القمار قد يضى الى أن يكون مال الخطر للكافر بأن يكون الغلب له فالظاهر أن الاباحة تنفيد نيل المسلم الزيادة وقد التزم الاصحاب فى الدرس أن مرادهم من حل الرابا والقمار ما اذا حصلت الزيادة للمسلم نظر الى العلة وان كان اطلاق الجواب خلافه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

## ﴿باب الحقوق﴾

محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار (قوله ومن اشترى منزلاً ففوقه منزل) حاصل ما ههنا أن

اذ فرض المسئلة فى معلوم ولا من لوازمه وليس فى الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعبر اعرتك لم يتناول عاربه المستعير أصلاً لا تبعاً ولا أصالة وانما ملك الاعارة لان اتمليك المنافع ومن ملك شيئاً جاز أن يملكه غيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذر من وقوع التغير به والمكانب لما اختص بمكاسبه كان أحق بتصريف ما يوصله الى مقصوده وفى كتابة عبده تسبب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة وأما المنزل فلما كان شيئاً بكل منهما أخذ حظه من الجانبين فله شبه بالدار يدخل العلوفه تبعاً عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه

## ﴿باب الحقوق﴾

(قوله فسر) أقول أى فسر كل واحد (قوله بكل حق هو له) أقول الباء للمصاحبة (قوله لأن المراد بالتبعية ههنا) أقول تعليل لقوله ولا يشك الخ والحق ان يعم لدخول المنزل اذا ذكر ما يدل على توابع الشئ بحسب التوابع (قوله لأنه ليس بلفظ عام الخ) أقول تعليل لعدم جواز التبعية بالمعنى المذكور (قوله ولا من لوازمه) أقول أى من لوازم المعنى الموضوع له (قوله لا يدخل العلوفه تبعاً) أقول فيه بحث فانه يدخل فى اللفظ الدال على التوابع أصلاً لا فى المنزل تبعاً

وفيه نظر لان الخلق وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل ويقال معناه أن البيت في عرفنا لا يخلو عن علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكا بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لانه من توابعه ولا تدخل الظلة وهو الساباط الذي يكون أحده طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير لفاضي خان وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب الابدكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق هو له عند أبي حنيفة لانه مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير كرشى مما ذكرنا يعني من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشابه الكنيف وقوله ان كان مفتحه في الدار يضعف قول فاضي خان في تعريف الظلة لانه جعل المفتح في الدار قال (ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق) الا أن يذكر احدى العبارات الثلاث (وكذلك الشرب والمسيل)

وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى بالفارسية خاه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الا بدكرنا عند أبي حنيفة رحمه الله لانه مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير كرشى مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف قال ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق الا أن يشترى به بكل حق هو له أو عرفه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود والا لانه من التوابع فيدخل بذلك التوابع

الاسماء ثلاثة البيت والمنزل والدار فالبيت أصغرهما وهو اسم لمسقف واحد جعل لبيات فيه فتم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيد دهيلا والجواب فيه ان علوه لا يدخل في بيعه يعني اذا باع البيت لا يدخل العلو وان قال بكل حق هو له أو بكل قليل وكثير ما لم يذكر اسم العلو صريحا لان العلومثله فانه مسقف بيات فيه والشئ لا يستتبع مثله بل ما هو أدنى منه وأورد المستعير له ان يعبر ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكتب عبده فأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له أن يملك ما ملك كذلك والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابته عبده من أكسبه والمنزل فوق البيت دون الدار وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيه البلاء ومن اراد له مطبخ وموضع قضاء الحاجة فينتأى فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور اذ ليس له حرج غير مسقف ولا صطبل الدواب فليكون البيت دونه صالح أن يستتبعه فليشبه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسمه الخاص وهو أن يشترى به بكل قليل وكثير هو له فيه أو منه أو بكل حق له أو عرفه ولشبهه بالبيت لا يدخل بل ذكر زيادة والدار اسم لاساحة أدير عليها الحدود وتشتمل على بيوت واصطبل وحجج غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحن للاسترواح ومنافع الابنية للاسكان ولا فرق بين كون الابنية بالتراب والماء أو بالخيام والقباب والعلو من توابع الاصل وأجزائه فيدخل فيه بل ذكر زيادة على شراء الدار وكذا يدخل الكنيف الشارع والكنيف هو المستراح أما الظلة وهو الساباط الذي يكون أحده طرفيه على الدار والاخر على دار أخرى أو على اسطوانات في السكة ومفتحه في الدار المبيعة فعند أبي حنيفة لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل ما ذكرنا من قوله بكل حق هو لها أو عرفها أو بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها (لانه) أي الظلة بناويل الساباط (مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل) بلا ذكر زيادة ولان مفتحه اذا كان في الدار كانت تبعاً للدار كالكنيف الشارع قالوا هذا في عرفهم أي عرف أهل الكوفة (أما في عرفنا يدخل العلو) من غير ذكر في الصور كما هو سواء كان المبيع بيتا فوقه علواً ومنزلاً كذلك لان كل مسكن يسمى خاه في بلاد العجم وله علو سواء كان صغيرا كالبيت أو غيره الا دار السلطان تسمى سراي (قوله) ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا فيها (أو مسكنا) فيها (لم يكن له الطريق) في هذه الدار الى ذلك المشتري (الا أن يشترى به) بكل حق أو عرفه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا لانه من التوابع فيدخل بذلك (وفي المحيط المراد الطريق الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة الى طريق عام فيدخل وكذا ما كان له من حق تسيل الماء والقاء النجس في ملك انسان خاصة وقال فخر الاسلام اذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل ماؤها في دار أخرى لا يدخل من غير كرشى كالحقوق لانه ليس من هذه الدار فلا يدخل الابدكر الحقوق الا أن تعليله بقوله لانه ليس من هذه الدار يقتضي ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق

لانه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظر الى الاول ودخل بذلك التوابع أي بقوله كل حق نظر الى الثاني ان

(قوله الابدكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق الخ) اقول الاستثناء ناظر الى قوله ولا تدخل الظلة وقوله وهو راجع الى ما في قوله ما ذكرنا

(بمخلاف الاجارة) فان الطريق تدخل استئجار الدور والمسيل والشرب في استئجار الاراضى وان لم يذ كر الحقوق والمراق لان الاجارة تنسقد لتملك المنافع ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير وبالانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل لا ينتفع اذا المستأجر لا يشتري ( ٣٠٣ ) الطريق عادة ولا يستأجره فلا بد من

الدخول تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه وأما البيع فلتملك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع مالا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل عادة ووحيد الضمير لكل واحد أو بتأويل المذكور وقد يستأجرها أيضاً وقد تكون مقصودة التجارة فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة

( قوله وأما البيع فلتملك العين الخ ) أقول مقتضى كلام المصنف ان كليهما يعقد الانتفاع لكن الانتفاع في الاجارة لا يمكن بدونه بخلاف البيع فشرحه لا يطابق ظاهر المشرع وأيضاً ان أراد بقوله لا المنفعة انه ليس لملكها فقط فممنوع ولا يفيد وان أراد انه ليس لملكها أصلاً فسلم بل هو لملك العين والمنفعة أيضاً والانتفاع بالمهر والارض السبخة ممكن على ما ذكره ويدفع بان يراد بالمنفعة في الحال

بمخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع فلا يتحقق الا به اذا المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة والله تعالى أعلم

أن كلامهم لا يدخل لانه وان كان في هذه الدار فلم يشتري جميع هذه الدار اغما اشتري شيئاً معيناً منها فلا يدخل ملك البائع أو ملك الاجنبي الا بذكره ثم قال فان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له ان يرد بها بالعيب وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة فان كانت للدار تقع بؤمها برفعها وان كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار أخرى أو سبل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة وقوله (بمخلاف الاجارة) متصل بقوله لم يكن له الطريق يعنى في الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود منها الانتفاع ولا انتفاع بغير دخول هذه الاشياء والبيع ليس كذلك فان المقصود منه في الاصل ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عينا بل اما كذلك أو لتجر فيها أو يأخذ ثمنها فلم تتعين فائدة البيع فلا يلزم ولهذا جاز بيع الخش كالأودان لم ينتفع به في الحال وكذا الارض السبخة ولا تصح اجارة ذلك وفي الكافي ولهذا لو استأجر علوا واستقنى الطريق فسدت الاجارة بخلاف ما لو اشتري علوا واستقنى الطريق يصح ولو استحق العلو ثم أجبر بالبيع صح لان القضاء بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في ظاهر الرواية ولا شيء لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه يعاقب بالبيع والمبيع البناء لا الساحة لان حقه في الهواء فان قيل ما ذكرتم بشكل بالقسمة في دارين رجلين وفيها صفة فيها بيت وبابه في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقاً ولا مسيلاً وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل ماء في ذلك فالقسمة فاسدة فعلى قياس ما ذكرتم في الاجارة ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق ثم جاز القسمة كما أدخلتموها فتحرجوا بالاجارة أجيب بأن الفرق بينهما لان موضع الشرب ليس مما تناولته الاجارة وانما يتوسل به الى الانتفاع والاجر انما يستوجب الاجارة اذا تمكن المستأجر من الانتفاع فني ادخال الشرب بغير المنفعة عليهم ما هذا بالاجارة وهذا بالانتفاع أما هنا فوضع الطريق والمسيل داخل في القسمة لانهما كانا داخلين في الملك المشترك فوجب القسمة اختصاص كل منهما بما هو نصيبه فلا أنبتنا لأحدهما حقاً في نصيب الآخر فتضرر به الآخر ولا يجوز الاضرار دون رضاه وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمراق واعلم أنه اذا ذكر الحقوق في البيع وهو بحيث يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسيل ماء فيه لم يلزمه ذلك الطريق والمسيل وفي القسمة اذا ذكر الحقوق وأمكنه الطريق والتسيل فيما أصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيما أصابه فطوب بالفرق والفرق أن البيع ایجاد الملك من العدم لقصد الانتفاع به وان لم يلزم فيه ذلك فاشترطه يتم مطلقاً والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما ينتفع به على الخصوص بحيث لا يشركه فيه أحد ان لم يرد ذلك لخصوص لم يكن حاجة الى القسمة وانما يتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخلان الا برضا صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمراق

فليتأمل فان البيع من غيره ليس منفعة في الحال (قوله لا المنفعة) أقول يعنى في الحال (قوله ووحيد الضمير الخ) أقول أى ووحيد الضمير في قوله يشتريه أو في قوله بدونه ونحن نقول فيه بحث فان توحيد الضمير لكونه لاطريق يشهد بذلك قوله لا يشتري الطريق وحكم الشرب والمسيل يعلم بالمقابلة كما لا يخفى

## ﴿ باب الاستحقاق ﴾

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظاً ومعنى قال (ومن اشترى جارية فولدت عنده لابنة فاستحقها رجل بينة فانه يأخذها وولدها وان أقر المشتري بها رجل لم يتبعها وولدها ووجه الفرق ما ذكره ان البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا أقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع وترد جميع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بهاملكه من الاصل والولد كان متصلاً بها ويتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له وأما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ثبت الملك في الخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من خبر به والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تدفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق (٣٠٤) من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على

### ﴿ باب الاستحقاق ﴾

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بينة فانه يأخذها وولدها وان أقر بها رجل لم يتبعها ولدها) ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبنية فيظهر بهاملكه من الاصل والولد كان متصلاً بها فيكون له أما الاقرار فحجة قاصرة بثبت الملك في الخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعاً وقيل بشرط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم فكذلك الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعاً

### ﴿ باب الاستحقاق ﴾

حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهراً ولكن لما تناسب الحقوق لفظاً ومعنى ذكر عقيب (قوله ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل) فان كان (بينية) استحق ولدها معها وارثها ان كان (وان) كان (مجرد) (اقرار) المشتري (لهما) لا يستحق الولد بذلك (ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة) اي باثباته في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضى عليه (فانها كاسمها مبنية) لما كان ثابتاً في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود لا يمكنهم من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتاً في الاصل ولا القاضي وانما تظهر البينة ما كان ثابتاً قبله قبلية لا تقف عند عدم عين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحداً من آخر واشترى من الآخر ووجه ذلك انهم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبينة فانه ثبت انه قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم انه ملكه لان الكل صاروا مقضياً عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كما لو ادعت في يد الاخير انهم احره الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلاً بها في الزمان الذي ينسحب عليه اظهار البينة الملك فيكون له (أما الاقرار فحجة قاصرة) على المقر حتى لا يمتد الى غيره لانه لا ولاية على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما هو بها فقط فلا يمتد الى غيره وهذا التوجيه يقتضي انه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذلك كالتمر تاتي انه انما لم يكن للمقر له اذا لم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر انه لو ادعاه ان الولد للمستحق بالبينة فقط القاضي بالام هل يدخل في القضاء فيصير هو ايضاً مقضياً به قيل نعم تبعاً كما أن ثبوت استحقاقه تبعاً (وقيل) لا بل (بشرط القضاء بالولد ايضاً) لانه اصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بد من الحكم به وهو الاصح من المذهب قال المصنف (واليه تشير المسائل) التي ذكرها محمد رحمه الله

بعض فلا يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له الولد اما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر انه له كذا في النهاية نقلاً عن التمر تاتي ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعاً أم لا قيل يدخل لتبعيته لها وقيل بشرط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الام فكان مستقيداً فلا بد من الحكم به قيل وهو الاصح لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد رحمه الله اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد

### ﴿ باب الاستحقاق ﴾

قال المصنف (وقيل يشترط القضاء بالولد) أقول في النهاية ومعراج الدراية ثم القضاء باستحقاق البيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي جرى

بينه وبين البائع ولكن يوجب وقفه على اجازة المستحق انتهى وفي غاية البيان خلاف ذلك وفي الفتاوى للتمر تاتي ظاهر فان الرواية انه لا يفسخ وقال ابن الهمام وفي الذخيرة ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المنقول في ان البيع متى يفسخ أقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح انه لا يفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح انتهى كلام ابن الهمام (قوله وهي مملوكة فيكون له) أقول الواو في قوله وهي حاله (قوله والاخبار لا بدله) أقول أي لصدقه (قوله من خبر به) أقول يعني محقق (قوله أما اذا ادعى الولد كان له لأن الظاهر انه له) أقول لكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترى فأتى عبده فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدري

فان محمدا قال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعلم الزوائد لا تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد في بدغائب لم تدخل بحيث لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو أمر جائز عرف أنه يشترى القضاء بالولد بخصوصه ثم ذكر في النهاية أن القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي بينه وبين البائع ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق وتبعه الجماعة فاعتضه شارح بأن غايته ما في الباب أن يكون بيع فضولي يعني بائع المشتري الذي قضى عليه بالاستحقاق وفيه اذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد واثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا يعني الموقوف المفسوخ لا يلحقه الاجازة واستوضح بما في الفتاوى الصغرى اشترى شيئا ثم استحق من يده ثم وصل الى المشتري يوما لا يؤمى بالتسليم الى البائع لانه وان جعل مقرا بالملك للبائع لم يكن مقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار ثم قال لا جرم لو اشترى عبدا قد اقرضا أنه ملك البائع ثم استحق من يده المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوما يؤمى بالتسليم الى البائع لأن اقراره بالملك لم يبطل ونقله عن شرح قسمة خواهر زاده انتهى وما ذكره صاحب النهاية هو المتصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا ان أراد دليل عدم الرضا بالمبيع فليس بلازم لا يجوز أن يكون دليل عدم الرضا بأن يذهب من يده مجانا وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق ويثبتته استوفى يد المشتري من غير أن يحصل له عينه ولا بدله فائبا به ليحصل أحدهما اما العين أو البديل بأن يجيز ذلك البيع ويصل الثمن اليه فظهر أن اثبات الاستحقاق ليس ملازوما لعدم الرضا بالمبيع بل المحقق أنه ملازم لعدم الرضا بذهابه وذهاب بدل عينه وأما ما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس مفيد له لأن المذكور فيها استحق من يده ثم وصل اليه ومعنى هذا أنه أخذ عينه من يد المشتري ثم وصل اليه ولا شك أنه اذا اتصل باثبات الاستحقاق أخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد أن يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضا بالمبيع والالم بأخذوا اجازة فأين هذا من مجرد اثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه والله سبحانه هو الفتح الجواد لا اله غيره ولا مرجع الاخيره وفي الذخيرة مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف استحقاق العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم أن المنقول في أن البيع متى ينفسخ أقوال قبل اذا قبض المستحق وقبل بنفس القضاء والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو اجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بصح وقال شمس الأئمة الحلواني الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسحا للمبيعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفي الزيادات روى عن أبي حنيفة أنه لا ينتقص ما لم يأخذ العين بحكم القضاء وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم ينفسخ وهو الاصح انتهى ومعنى هذا أن يتراضيا على الفسخ لانه ذكر فيها أيضا اذا استحق المشتري فأراد المشتري نقض البيع من غير قضاء ولا رضا البائع ليس له ذلك لأن احتمال اقامته البينة على التنازع من البائع أو على تملك الملك من المستحق ثابت الا اذا قضى القاضي فيلزم العجز فينفسخ انتهى يعني يلزم العجز عن اثبات ذلك والمراد أن ينفسخ المستحق فانه هو المالك نعم لاشك في أنه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد ان قضى للمستحق وأخذ المبيع واستمر غير مجزأ عنه ينفسخ فان سكوت به بعد الاخذ عن الاجازة قدر ما يمكن فيه من الاجازة ولم يجز دليل ظاهر في عدم رضاه بالمبيع (قوله ومن اشترى عبدا) أي اشترى انسانا (قال له اشترى فأتى عبدا فاذا هو حر) أي فظهر أنه حر بينة أقامها (فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة) أي يدري مكانه (لا يرجع على العبد بشئ) من الثمن الذي قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على القابض (واذا كان البائع لا يدري

قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حر الخ) رجل قال لا اشترى فأتى عبدا فاشترى فاذا هو حر فلا يخلو إما أن يكون البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة وأما أن يكون غائبا غيبة منقطعة لا يدري

(أين هو) فإن كان الأول فليس له على العبد شيء وإن كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البائع وإن لم يقل إنني عبد ليس على العبد شيء في قولهم وإن قال ارتبني فاني عبد فوجدته حراً لم يرجع المثل على العبد بحال أي سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً بغير غيبة كانت وعن أبي يوسف أنه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لأن الرجوع في هذا العقد ما أن يكون بالمعاوضة أو بالكفالة وليس شيء منهما بموجود وإنما الموجود هو الإخبار كاذباً فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال ارتبني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما أن المشتري اعتمد في شرائه على أمره بقوله اشتري وأقراره بالعبودية بقوله فاني عبد إذا القول قوله في الحرية فحين أقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشيء بأمر الغير (٣٠٦) وأقراره مغرور من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض

يجعل سبباً للضمان دفعاً للغرور بقدر الامكان كما في المولى إذا قال لاهل السوق هذا عبدى وقد أذنت له في التجارة فباعوه فباعوه ولحقته ديون ثم ظهر أنه حر فأنهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور وهو إذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حر بته أهل الضمان فيجوز ضماننا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه (قوله) والبيع عقد معاوضة) إنما صرح به مع كونه معلوماً من قوله إن المشتري شرع في الشراء فلهذا الجواب عن الرهن واهتماما ببيان اختصاص موجبة الغرور للضمان بالمعاوضات وهذا قالوا إن الرجل إذا سأل غيره عن أمن الطريق فقال أسالك هذا الطريق فإنه آمن فسلكته فإذا فيه لصوص

أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وإن ارتبني عبد ما قرأ بالعبودية فوجدته حراً لم يرجع عليه (على كل حال) وعن أبي يوسف رجه الله أنه لا يرجع فيه - ما لأن الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس إلا الإخبار كاذباً فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال العبد ارتبني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره وأقراره أني عبد إذا القول له في الحرية فيجوز للعبد بالأمر بالشراء ضماننا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الأمر به ضماناً للسلامة كما هو موافق له بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصنف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الأمر به ضماناً للسلامة

أين هو رجع المشتري على العبد) بما دفع إلى البائع من الثمن (ورجع) العبد (على بائعه) بما رجع المشتري به عليه إن قدر وإنما يرجع العبد على البائع مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه وهو مضطرب في أدائه بخلاف من أدى عن آخر ديناً أو حقا عليه بغير أمره فليس مضطرباً فيه فإنه لا يرجع به والتقييد بالقيدين لأنه لو قال أنا عبد وقت البيع ولم يأمره بشرائه أو قال اشتري ولم يقل فاني عبد لا يرجع عليه بشيء (ولو ارتبني عبد ما قرأ بالرق فظهر حراً) وقد كان قال ارتبني فاني عبد الراهن (لم يرجع عليه) أي على العبد (على كل حال) أي سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً بغير مكانه أولاً يعرف وهذا ظاهر الرواية (عنه) وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما) أي في البيع والرهن (لأن الرجوع بالمعاوضة) وهي المسابقة هنا (أو بالكفالة) وليس واحداً منهما ثابتاً (بل) الثابت (ليس إلا) مجزئ (الإخبار كاذباً فصار كما إذا قال أجنبي) لشخص (ذلك) وكقول العبد (ارتبني فاني عبد وهي المسئلة المذكورة ثانياً) ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره وأقراره فكان مغروراً من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سبباً للضمان دفعاً للضرر بقدر الامكان فكان يتقرر به (ضماننا) ذلك (الثنى) له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه كالمولى إذا قال لاهل السوق (يا عبد عبدى فاني قد أذنت له) ففعلوا (ثم ظهر استحقاق العبد) فأنهم (يرجعون على المولى بقيمة العبد) ويجعل المولى بذلك ضماناً لذلك ما ذاب عليه دفعا للغرور وعن الناس (بخلاف الرهن فإنه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصنف والمسلم فيه) فلو هلك يقع استيفاء الدين ولو كان معاوضة كان استبدالاً بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام وإذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الأمر به ضماناً لأنه ليس تعريضاً في عقد معاوضة

سلموا أموالهم لضمين الخبير شيئاً ما أنه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فإنه غير مسموم فأكل ولهذا فبات فظهر بخلافه لكونه تعريضاً في غير المعاوضة وإذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فإنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه وله إذا جاز الرهن ببدل الصنف والمسلم فيه وإذا هلك يقع فيه الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالاً بأمر السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام وإذا لم يكن معاوضة لم يجعل الأمر به ضماناً للسلامة

قال المصنف (وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما) أقول قوله فيه أي البيع والرهن ولا يخفى عليك ما في قوله أو قال ارتبني من جعل الشيء مقبلاً عليه لنفسه فليتنامل فإنه يجوز أن يقال تعريضاً بالكلام ما في الرهن فيما لا جاع وما في البيع فلا لأن الرجوع الخ وترك التفصيل للاعتماد على الفهم (قال المصنف بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه الخ) أقول فيه بحث فإن شئت فراجع آخر كتاب الحجر

وبخلاف الاجنبي فانه لا يعتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترى فاني عبد لما أن دعى الحرية أولاً والاوّل تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية والجواب أن قول محمد فاذا العبد حر يحتمل حرية الاصل والحرية بعقاق عارض فان أراد الاوّل فله وجهان أحدهما ما قاله عامة المشايخ ان الدعوى ليست بشرط فيما عنده لتضمنه تحرير فرج الام لان الشهود في شهادتهم محتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحرر بها وتحرير اخواتها وبناتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة الفرّج من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط كافي عتق الامة واذا لم تكن الدعوى شرطاً لم يكن التناقض مانعاً (٣٠٧) والثاني ما قاله بعض المشايخ ان

الدعوى وان كانت شرطاً في حرية الاصل أيضاً عنده لكن يعذر في التناقض تخفاء حال العـملوق وكل ما كان مبني على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما ذكر وان أراد الثاني فله الوجه الثاني وهو ان يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبنيته على الخفاء اذا المولى يستند به فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البيئة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فانهم اتفقوا منها لان الزوج يفرد بالطلاق فرعاً لم تكن عامة عند الخلع ثم علمت وانما قيد الثلاث لانه فيما دونه أمكن أن يقيم الزوج بيئة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أنبته المرأة بيئته ما قبل يوم أو يومين وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك وكذا المكاتب يقيمها على الاعتراف قبل

وبخلاف الاجنبي لانه لا يعاب بقوله فلا يتحقق الغرور وتظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدى هذا فاني قد أدت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمة ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحرير فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع تخفاء العـملوق وان كان الوضع في الاعتراف فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البيئة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتراف قبل الكتابة

ولهذا قالوا لو قال رجل لآخر وقد سأله عن أمن هذا الطريق فقال اسلكه فانه آمن فسلكه فتهب ماله لم يضمن وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فأكله فمات لا قصاص عليه غير أنه استحق عند الله عذراً بالباطق ( وبخلاف الاجنبي لانه لا يعاب بقوله ) فالرجل هو الذي اغترق المصنف (ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة لأن الدعوى) أى دعوى الحرية (شرط) في القضاء بينتها والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعوى الحرية تناقض تصريحه برفقه فأجيب من جهة بعض المشايخ أن هذه الدعوى ان كانت بحرية الاصل (فالدعوى ليست بشرط عنده) كقولهم ما في دعوى الحرية مطلقاً (لتضمنه تحرير فرج أمه) على السيد وتحرير اخواتها وبناتها وحرمة الفرّج حقه تعالى والدعوى ليست شرطاً في حق الله تعالى كافي عتق الامة حتى إن الشهود محتاجون في شهادتهم الى تعيين الام والحرمة لا تحتاج في القضاء اليها الى الدعوى واذا لم تنجح الى الدعوى لا يضر التناقض فيها (وقيل هو) أى الدعوى (شرط مطلقاً في حرية الاصل ودعوى الاعتراف في الكافي والصحيح أنه دعوى العبد شرط عند أبي حنيفة في حرية الاصل والعتق العارض (لكن التناقض) في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها أما في حرية الاصل (فلخفاء) حال (العـملوق) فانه يسبي مع أمه أو بدونها ولا يعلم بحريتها ورقها حال العـملوق به فيقرر بالرق ثم تظهر له حرية أمه فيدعى الحرية وفي الاعتراف العارض فلا ان المولى يفرد به ولا يعلم العبد فيقرر بالرق ثم يعلم فيدعيه والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذره فيه (وصار كالمختلعة تقيم البيئة على تطبيق) الزوج ابائها (ثلاثاً قبل اختلاعهما) تقبل (وكذا المكاتب يقيمها على الاعتراف قبل الكتابة) تقبل مع أن اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب يبدل الخلع ومال الكتابة وذكر هنا مسألة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوباً فقطعه فيصاوغه ثم جاء مستحق فقال هذا القميص لي وثابته بالبيئة فالمشترى لا يرجع بالثمن على البائع لأن الاستحقاق ما ورد

الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد إقامة البيئة على ما ادعياه

(قوله لتضمنه تحرير الى قوله الى تعيين الأم) أقول أنت خبير بأن التضمن المذكور حاصل بدون التعيين أيضاً كافي تحرير فرج الاخوات والبنات ولعل التعرض للاحتياج الى التعيين لكون التضمن فيه أظهر (قوله والدعوى ليست بشرط) أقول أى في حرمة الفرّج (قوله لم يكن التناقض مانعاً) أقول اذا ادعى الحرية ولا ينتفي شرط الحرية اذا لم تدع قال المصنف (وقيل هو شرط) أقول تذكرة الضمير الراجع الى الدعوى لكونها في تأويل ان يدعى وهذا مقرر في المصادر المؤثثة أو في تأويل الادعاء أو باعتبار الخبر (قوله قبل يوم أو يومين) أقول من وقت الخلع (قوله وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك) أقول اذ فرض المسئلة فيما اذا لم يمكن انقضاء العدة والتحليل بعد الطلاق الذي أقامت البيئة عليه

قال (ومن ادعى حقاً في دار) (ومن ادعى حقاً في دار) من ادعى حقاً في دار ولا في دار بيد رجل فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحق الدار الادراعا منها لم يرجع بشئ لان للداري الباقي وان ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها بشئ يرجع بحسابه اذا التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم تسلم فتقسم المائة لان البديل ينقسم على اجزاء البديل (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تنفي الى المنازعة) قالوا ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط صحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة ولهذا لا تقبل البيينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعي عليه بذلك فينشد تصح وتقبل البيينة

قال المصنف (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز) أقول وسيجيء أيضاً في مسائل شتى من كتاب أدب القاضي

قال (ومن ادعى حقاً في دار) (ومن ادعى حقاً في دار) (فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحق الدار الادراعا منها لم يرجع بشئ) لان للداري الباقي قال (وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها بشئ يرجع بحسابه) لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببذله عند فوات سلامة البديل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تنفي الى المنازعة والله تعالى اعلم بالصواب

على ملك البائع لانه لو كان ملكه في الاصل انقطع بالقطع والخطاطة كمن غصب ثوباً فاقطعه وخطاه ينتقل ملكه المعصوب منه الثوب الى الضامن فالاصل ان الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكائن من الاصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشتري بعد ما صار الى حال لو كان غصباً لم يكن له لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب ولهذا لو اشتراها منذ شهرين فأقام رجل بينة انه له منذ شهرين يقضي به اليه ولا يرجع على بائعه وعرف ان المعنى ان يستحقه باسم القبض ولو كان اقام البيينة انه كان له قبل هذه الصفة يرجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع وكذا اذا اشترى لحافاً شاة فبذبحها وخطها فأقام البيينة رجل آخر ان الرأس والاطراف واللحم والجلا له فقضى به يرجع المشتري على البائع لأن هذا استحقاق عين الشاة (قوله حقاً في دار) أي مجهولاً فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحققت (الدار الادراعا لم يرجع) على الذي صالحه (بشئ) لتسكنه من أن يقول مرادى من الحق الذي ادعيته أو الحق الذي ادعيه هذا الباقي (ولو) كان ادعاها كلها فصالحه فاستحق منها بشئ يرجع بحسابه لأن التوفيق هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببذله عند فوات سلامته ودلت المسئلة على (أمرين أحدهما) أن الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الاراء عن المجهول جائز عندنا (لان الجهالة فيما يسقط لا تنفي الى المنازعة) والاخر أن صحة الدعوى ليست شرطاً في صحة الصلح لأن دعوى الحق غير صحيحة للجهالة المدعى به ولذا لو أقام به بيينة لا تقبل أما اذا ادعى اقرار المدعي عليه بالحق قبلت البيينة (فروع) اشترى شيئاً ثم قال هو ملك فلان وصدقه أو ادعاه فلان وصدقه هو أو أنكر خلف فنسلك ليس له في شيء من ذلك الرجوع على البائع بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب خفيف فنسلك يلزم الموكل لان النكول من المضطر كالبيينة وهو مضطر في النكول اذ لم يعلم عيبه ولا سلامته ولو أقام المشتري بينة على أنه ملك فلان لا يقبل لتناقضه فان اقدمه على الشراء اقرار منه بملك البائع فاذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البائع انه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الاصل وهي تدعى ذلك أو أنهم املك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولاه قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعهما لا يمنع صحة الدعوى باع عقاراً ثم برهن أن ما باعه وقف لا يقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتاق ولو برهن أنه وقف محكوم بالزومه يقبل ولو برهن أنه في يد المشتري الاخير أنهم معتقة فلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل الا من كان قبل فلان \* اشترى شيئاً ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لان الملك للمشتري والبائع للبائع والمدعي يدعيه ما فشرط القضاء عليهم ما حضروهما ولو قضى له به بالحضر ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا ينقضه ولو فسح القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الامة للبائع عند أبي حنيفة وليس له أن يلزمها المشتري لانه في القضاء بالفسخ باطلاً وظاهراً عنده ولو استحققت من يد مشتري برهن الذي قبله على بيع المستحق من بائع بائعه قبل لانه خصم

مناسبة هذا الفصل لباب  
الاستحقاق ظاهرة لأن  
بيع الفضولي صورة من  
صور الاستحقاق لأن

المستحق إنما يستحق  
ويقول عند الدعوى هذا  
ملكى ومن باعك فأنما  
باعك بغير إذن فهو عين  
بيع الفضولي والفضولي  
بضم الفاء لا غير والفضل  
الزيادة وقد غلب جمعه على  
مالاخبر فيه وقيل لمن  
يشغل بما لا يعنيه فضولي  
وهو في اصطلاح الفقهاء  
من ليس بوكيل وفتح الفاء  
خطأ قال (ومن باع ملك غيره  
بغير أمره فالملك بالخيار الخ)  
ومن باع ملك غيره بغير إذنه  
فالملك بالخيار إن شاء أجاز  
البيع وإن شاء فسح وهو  
مذهب مالك وأحمد في  
رواية وقال الشافعي في  
الحديد وهو رواية عن أحمد  
لم ينعقد لأنه لم يصدر عن  
ولاية شرعية لأنهما بالملك  
أو باذن المالك وقد فقدوا  
وما لم يصدر عن ولاية  
شرعية لا ينعقد لأن  
الانعقاد لا يكون  
إلا بالولاية الشرعية

﴿فصل في بيع الفضولي﴾  
(قوله لأن بيع الفضولي  
صورة الخ) أقول لأن  
الاستحقاق قد يكون بالهبة  
(قوله لأن المستحق إنما  
يستحق الخ) أقول كلمة إنما  
لأن قوله صورة من صور

﴿فصل في بيع الفضولي﴾ قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالملك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء  
فسح) وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنهما بالملك أو باذن المالك وقد فقدوا  
ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية

ولو برهن البائع الأول أن المستحق أمره ببيعها وهلك الثمن في يده يقبل ولو استهلكه أو رده لا يقبل ولو  
أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البينة وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن  
يرجع على بائعه لأن القضاء وقع بالبينة لا بالقرار لأنه محتاج إلى أن يثبت به يمكن الرجوع على بائعه  
هكذا ذكر رشيد الدين في باب دعوى الدين بسبب وبغير سبب من فتاواه وذكر في باب ما يكون أقرارا  
من المدعي عليه من فتاواه المدعي لو أقام بينة على دعواه ثم أقر المدعي عليه بالملك له فالقاضي يقضى  
بالأقرار لا بالبينة لأن البينة إنما تقبل على المنكر لا المقر وذكر في آخر كتاب الدعوى ادعى عينا في  
يد رجل وأنكر المدعي عليه فأقام بينة على ما ادعاه فقبل أن يقضى القاضي للمدعي بينة أقر المدعي عليه  
بالعين للمدعي يقضى بالبينة أو بالأقرار اختلف فيه المشايخ بعضهم قالوا بالأقرار وبعضهم قالوا بالبينة  
لأن المدعي حين أقام البينة كان المدعي عليه منكرا واستحق المدعي القضاء بالبينة فلا يبطل هذا  
الاستحقاق بأقراره قال والاول أظهر وأقرب إلى الصواب وهو يناقض ما ذكره في باب دعوى الدين الآن  
تخص تلك بعارض الحاجة إلى الرجوع وقصد القاضي إلى القضاء بأحدى الحجتين بعينها فيحصل أنه  
إذا ثبت الحق بالبينة والأقرار ينبغي على ما جعله الاظهر أن يقضى بالأقرار وإن سبقته إقامة البينة  
غير أن القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم إلى ذلك ينبغي أن يعترف قضاء  
بهم ليندفع الضرر عنه بالرجوع ولو قضى بالاستحقاق فطلب المشتري الثمن من البائع فرد له اليه ثم  
ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التقابل ولو لم يترادوا ولكن القاضي  
قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولو أحب البائع أن يأمن غائلة الرد  
بالاستحقاق فأبرأه المشتري من ضمان الاستحقاق قائلا لا أرحع بالثمن إن ظهر الاستحقاق فظهر كان  
له الرجوع ولا يعمل ما قاله لأن الأبراء لا يصح تعليقه بالشرط قالوا والحيلة فيه أن يقر المشتري أن يائمه  
قبل أن يبيعه منى اشتراه منى فإذا أقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لأنه لو رجع على بائعه فهو  
أيضا يرجع عليه بأقراره أنه باعه منه والله أعلم

﴿فصل في بيع الفضولي﴾ مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لأن دعوى الاستحقاق تتضمن  
دعوى الفضولي على أحسن الوجوه لأنه يتضمن إمادعواه أن بائعك باع ملكي بغير أمرى لغصبه أو  
فضوله وأحسن الخارج المتمسكة فيه فضوله والفضول جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا  
ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن بأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر (قوله ومن باع ملك  
غيره بغير إذنه فالملك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسح) وهو قول مالك وأحمد (وقال الشافعي  
لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنهما بالملك أو باذن المالك وقد فقدوا ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية)  
وصار كبيع الأبق والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية  
وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن خزام لا تبع ما ليس عندك قلنا المراد البيع الذي تجرى فيه  
المطالبة من الطرفين وهو النافذ أو المراد أن يبيعه ثم يشتريه فيسلبه بحكم ذلك العقد وذلك غير ممكن  
لأن الحادث ثبت مقصودا على الحال وحكم ذلك السبب ليس ههنا بل أن يثبت بالأجارة من حين ذلك  
العقد ولهذا يستحق المبيع بروائده المتصلة والمنفصلة وسبب ذلك النهي بفيد هذا وهو قول حكيم  
يارسول الله إن الرجل يأتني فيطلب منى سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشتريها  
فأسلمها فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وقال الكرخي حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزي

الاستحقاق (قوله لأنهما بالملك أو باذن المالك) أقول ونحن نمنع انحصار طريق ثبوت الولاية الشرعية في ذينك

ولنا انه تصرف عليك وقد صدر من أهله ووقع في محله فوجب القول بان عقاده أما انه تصرف عليك من قبيل اضافة العلم الى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك وانما قال تصرف عليك ولم يقل عليك لان التمليك من غير المالك لا يتصور فان قيل تصرف التمليك شرع لاجل التمليك فان المراد بالاسباب (٣٠) الشرعية أحكامها فاذا لم يقدر للتصرف التمليك كان لغوا فاجاب ان الحكم بثبت بقدر دليله

وهذا التصرف لما كان موقوفا لما نذكر أفراد حكم موقوفا كما ان السبب البات أفراد حكمنا أو ان السبب انما يكون لغوا اذا خلا عن الحكم فاما اذا تأخر فلا كما في البيع بشرط الخيار وأما صدورهم من الاهل فلا نأهلية التصرف بالعقل والبلوغ وأما المحل فان محل البيع هو المال المتقوم وبتأعدام المالك للعاقدي المحل لا تنعدم المالية والتقوم ألا ترى انه اذا باعه باذن المالك جاز والاذن لا يجعل غير المحل محلا وأما وجوب القول بان عقاده فلا نأ الحكم عند تحقق المقتضى لا يمنع الامناع والمانع منفصلان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد من المالك والعاقدين أما المالك فلا نأه مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وأما الفضولي فلا نأ فيه صون كلامه عن الالغاء وأما المشتري فظاهر فثبت القدرة الشرعية تحصيلها لهذه المنافع فان قيل القدرة بالمالك أو بالاذن ولم يوجد

ولنا انه تصرف عليك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بان عقاده انما لا ضرر فيه للمالك مع تخيير به بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلها لهذه الوجوه

قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة سمعته من قومه عن عروة البارقي وحدثنا ابراهيم قال حدثنا ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة حدثنا الحنفي عن عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري به أخصية فاشتري شاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشتري ترابا ربح فيه وروى أنه صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشتري به أخصية فاشتري شاة ثم باعها بدينارين ثم اشتري شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم بارك الله لك في صفقتك فأما الشاة فضع بها وأما الدينار فتصدق به وقولك لا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ان أردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلمناه ولا يضر وان أردت لا انعقاد على وجه التوقف الى أن يرى المالك مصلحة في الاجازة فيجيز نفعه أو عدمها فيبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات أما تحقق ما ذكرنا فان المالك يكفي مؤنة طلب المشتري ووفو الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحته ومنها ووصوله الى البذل المطلوب له المحبوب والمشتري ووصوله الى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقدها اذا كان مهماله والعاقد بصون كلامه عن الالغاء والاهداء بل وحصول الثواب له اذا نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الفرق لآخيه المسلم ولما كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر ركان الاذن في هذا العقد بائنا دلالة اذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له بلا ضرر بشئ منه أصلا وبالعمومات فوجب اعتباره وصار كالوصية من المديون المستغرق وبأكثر من الثلث اذا كان المعقود عليه باقيا حيث يتوقف على اجازة المستحق بالاجماع فهذا أصل لقياس صحيح لا يقال فاذا ثبت الاذن دلالة ينبغي أن ينفذ العقد لانا نقول الثابت دلالة مالا ضرر فيه وذلك هو الانعقاد موقوفا على رأى المالك فثبت بهذا القدر فاما نفاذه بلارأيه ففيه اضراره اذ قد لا يريد بيعه فيثبت بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء لا يجوز لعدم المحل فان الطير ليس بمالك أصلا قبله وما ليس بمالك لاحد لا يكون محلا للبيع وبيع الا بقى يعقد فاسدا وهو عندنا مفيد للمالك اذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو بعمال الحق الشرع فله أنزله كالمجنون فيما نحن فيه وان كان عاقلا اذ صح تركه بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضرر ظاهر فان عقد النكاح شرع لتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على اجازة وليه ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف ما لو اشتري أو زوج أمته فان هذه التصرفات تتوقف على اجازة وليه أو اجازته بعد البلوغ فان قيل يجب أن يلغوا لعدم المقصود منه وهو المالك قلنا لا يلزم من عدم ترتيبه في الحال عدمه مطلقا بل هو مرجوف لا يلزم عدمه وكون متعلق العقد مرجوا كاف في صحة التصرف وعن هذا صح تعليق الطلاق والعناق بالشرط والا فلا وقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي أن يلغى لكن لما كان بحيث يرجح صح وانه قد سببا في الحال مضافا وعند الشرط كقولنا هذا وقول المصنف (تصرف عليك)

المالك لا يتصور) أقول فيه منع فان وصى اليتيم مثلا ليس بمالك لمال اليتيم وعليكه بالبيع بالاتفاق وأبضا اذا كان من اضافته من قبيل اضافة العلم الى الفقه يكون قولنا تصرف عليك في معنى تمليك اذ معناه حيث تصرف هو عليك (قوله فلا نأهلية التصرف بالعقل والبلوغ) أقول الاولى هو القصر على العقل على ما سيجي في المأذون ليشمل بيع الصبي العاقل الفضولي

أجاب عن ذلك منكر بقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقضى لكن المانع ليس بمحصر في الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك وكذلك العجز عن التسليم ألا ترى أن بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيه ما فالجواب ان قوله لا تبع نهى عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكمال والكمال هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى التكرخي في أول كتاب الو كالة قال حدثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال أخبرنا الحسن عن عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري أضحية فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ثرا ربح فيه لا يقال عروة البارقي كان وكيله مطلقا بالبيع والشراء لانه دعوى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته بغير نقل والنقل أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن (٣١١) يشتري له أضحية ولو كان لنقل على

كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع قال (وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما) لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه

من اضافة العام الى الخاص كحركة الاعراب والاضافة في مثله بيانية أى تصرف هو عليك وحركة هي اعراب ولا حاجة الى هذا القيد هنا لان تصرفات الفضولي تتوقف عندنا اذا صدرت وللتصرف مجزأى من يقدر على الاجازة سواء كان تمليك كالبيع والاجارة والهبة والتزويج والتزوج أو اسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأه غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقه وانعقد وكذا سائر الاسقاطات للديون وغيرها وكان الاحسن أن يقول تصرف شرعى وأما القياس على الفضولي بالشراء ففي شراء الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوى وطريقه الخلاف وهو أنه لو قال بيع هذا لفلان فقال المالك بعث فقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس أما اذا قال الفضولي اشترى هذا لاجل فلان فقال بعث أو قال المالك ابتداء بعث منك هذا العبد لاجل فلان فقال اشترى نفذ على الفضولي غير متوقف على اجازة فلان لانه وجد نفذا على المشتري فلا يتوقف لانه أضيف اليه ظاهر افلا حاجة الى ايقافه الى رضا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل شفاعته أو رضاه بخلاف البيع لم يجد نفذا (قوله وله الاجازة) أى للمالك (اذا كان المعقود عليه باقيا) وهو المبيع (و) كذا (المتعاقدان) وهما الفضولى والذى خاطبه فلا بد من بقاء أربعة الثلاثة المذكورة والمالك حتى لو مات لانصح اجازة الوارث كما سئذ كر هذا فيما اذا كان الثمن ديناً أى مما لا يتعين وهذا (لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيام العقد) الذى هو مورد هذا التصرف وقيامه (بقيام العاقدين والمعقود عليه) وانما لم يذكر المالك لانه ذكر أن الاجازة منه وهو فرع وجوده وفي الايضاح عقد الفضولى فى حق وصف الجواز موقوف على الاجازة فأخذت الاجازة حكم الانشاء ولا بد فى الانشاء من قيام الاربعة وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لان الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك والمشتري ليلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه حال أهليته والبائع لانه يلزمه حقوق العقد

سبيل المدح له فان قيل هل يجوز شراء الفضولى كبيعته أو لا أحيب بأن فيه تفصيلا وهو ان الفضولى ان قال بيع هذا العين لفلان فقال المالك بعث فقال الفضولى اشترى لاجله أو قال المالك ابتداء بعث هذا العين لفلان وقال الفضولى قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف وان قال اشترى منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعث أو قال المالك بعث منك هذا العين لاجل فلان فقال اشترى نفذ على المشتري لانه وجد نفذا على المشتري حيث أضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى ايقاف على رضا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك بخلاف

البيع فانه لم يجد نفذا على غير المالك ولم ينفذ على المالك فاحتج الى ايقاف على رضا الغير الى هذا الوجه أشار المصنف بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الاجازة (قوله وله) أى للمالك الاجازة اعلم ان الفضولى إما أن يبيع العين بثمن دين كالدرهم والدينار والفضولس والكيل والوزن الموصوف بغير عينه وإما أن يبيع بثمن عين فان كان الاول فللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما فان أجاز حال قيام الاربعة جاز البيع لما ذكر أن الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه

(قوله) فالجواب أن قوله لا تبع نهى عن البيع الخ أقول وانما لم يجب لأن النهى يقتضى المشروعية كما سبق لانه تنجز الى فساد البيع فليتأمل (قوله والقدرة على التسليم الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر في مسألة بيع الآبق اذا عاد من الآبق حيث لا يتم العقد في ظاهر الرواية ويحتاج الى عقد جديدانه وقع باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فعدم المحل فمأخر ردها بخلاف ذلك الآن يكون هذا مبني على غير ظاهر الرواية وهو غير ظاهر

وكانت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك أمانة في يده الفضولي وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة أشياء ما ذكرنا من ( ٣١٢ ) الامور الاربعة وقيام ذلك العرض أيضا والاجازة اللاحقة اجازة نقد بأن

ينفذ البائع ما باع بمثلها ملكه بالعقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولي والعرض الثمن مملوك له وعليه مثل المبيع ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا لان الثمن اذا كان عرضا صار البائع من وجهه مستريا والشراء اذا وجد نقدا على العاقد لا يتوقف على الاجازة وكان للمالك الفسخ فكذا لكل من الفضولي والمشتري لان حقوق العقد ترجع الى الفضولي فله ان يخرز عن التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فان فسخته قبل الاجازة باطل لان الحقوق لا ترجع اليه وهو فيه معبر فاذا عبر فقد انتهى قصاره وبعثته منزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الاجازة انفسخ ولو هلك المالك لا ينفذ باجازه الوارث في الفصلين أي فيما اذا كان الثمن دينيا أو عرضا لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز الاجازة غيره واستشكل بما اذا تزوجت أمة لرجل فدوهم مولاها بغير اذنه فبات المولى قبل الاجازة وورثها بانه فان النكاح توقف على اجازة الابن فان أجاز صح والا فلا فهذه فضولية وتوقف عملها على

واذا أجاز المالك كان الثمن مملوكا له أمانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة والفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعه للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينيا فان كان عرضا معيناً انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا أيضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا أو قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجهه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازه الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازه غيره

بالاجازة ولا تلزم الاحياء والمالك لان الاجازة تكون منه لامن وارثه (واذا أجاز المالك صار) المبيع ملكا للمشتري (والثمن مملوكا له أمانة في يده) أي في يده الفضولي فله ذلك لا يضمنه (كلو كبل فان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة) من حيث انه باصارت تصرفه نافذا وان لم يكن من كل وجه فان المشتري من المشتري اذا أجاز المالك لا ينفذ بطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب أن الملك البات اذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي بطل الموقوف ولهذا الوتر وجت أمة وطهم مولاها بغير اذنه فبات قبل الاجازة توقف النكاح الى اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك بات للوارث في البضع ليطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف فحوا بن العم (والفضولي) أي في البيع (أن يفسخ قبل اجازة المالك) حتى لو أجاز لا ينفذ وال العقد الموقوف وانما كان له ذلك (ليدفع الحقوق عن نفسه) فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه (بخلاف الفضولي في النكاح) ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل (لانه معبر محض) أي كناقل عبارة قبل الاجازة تنتقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطه به لا بالفضولي فلا يلزمه بالاجازة ضرر يتعلق بالحقوق وقد ثبت للمالك والولى حق أن يجيز وكذا بالفعل كان زوج امرأه رضاهما من غائب فقبل أن يجيز زوجته أختها توقف العقد الثاني أيضا بخلاف ماله وكاه بعد عقده فصولا لأن زوجته امرأه فزوجه أختها فان العقد الاول يطل لطرء البات على الموقوف (هذا) الذي ذكرناه فيما (اذا كان الثمن دينيا فان كان عينا) بأن باع الفضولي ملكا غيره بعرض معين بيع مقايضة اشترط قيام الاربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض واذا أجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون يبيع مال الغير مشتري بالعرض من وجهه والشراء لا يتوقف اذا وجد نقدا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض والذي تقيده الاجازة انه أجاز للفضولي أن ينقذ عن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كأنه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقذه من مالي هذا اقرض عليك فان كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا كعوب أو جارية فقيمته فيصير مستقرضا للجارية أو الثوب والقرض وان لم يجز في القيمات لكن ذلك اذا كان قصدا وهنا انما ثبت ضمانا مقتضى صحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء لا غير كالكتفيل بالمسلم فيه اذا أداه من مال نفسه يصير مقرضا حتى يرجع بقيمته ان كان ثوبا لأن الثوب مملوك في باب السلم فكذا فيما جعل تبعاله فكذا هنا اذا لصحة لشراء العبد الا بقرض الجارية والشراء مشروع فاقضه بكونه مشروعا هذا وانما ينفذ الشراء على المشتري اذا لم يصفه الى آخره ووجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فاما ان كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوى ولو اشترى رجل رجلا شيئا بغير امره كان ما اشتراه لنفسه أجاز الذي اشتراه له ولم يجز أما اذا أضافه الى آخر بان قال البائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعث وقبل المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف وقوله (ولو هلك المالك لا ينفذ باجازه الوارث)

اجازة الوارث أجيب بأن عدم التوقف لطرء ان الحل البات على الحل الموقوف لانه يطل وهما لم يطرأ للوارث حل بات لكونه موطوء الاب فيتوقف دفعا للضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة الاب بطل نكاحها

(ولو أجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع) من حيث الوجود والعدم (جاز البيع في قول أبي يوسف وأولاهو قول محمد لان الأصل بقاءه ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لان الشك وقع في شرط الإجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وهما طرف البقاء راجع اذا الأصل البقاء لم يتيقن (٣١٣) بالزيل وهما لم يتيقن أحجب بأن

الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت المالك في العقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة قال (ومن غصب عبد اقباعه وأعتقه المشتري) قبل جرت هذه الحادثة في هذه المسئلة بين أبي يوسف ومحمد رجما الله حين عرض عليه هذا الكتاب قال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت ان العتق باطل وقال محمد بل رويت ان العتق جائز وصورتها ما ذكره في الكتاب (ومن غصب عبد اقباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع والعتق جاز استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك لقوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا علك ابن آدم) لا ملك ههنا لان (الموقوف لا يفيد الملك) في الحال وما يثبت في الآخرة فهو مستند وهو ثابت من وجهه دون وجه وذلك غير صحيح للاعتاق (اذ المصح له هو الملك الكامل) المدلول عليه

ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله وأولاهو قول محمد رحمه الله لان الأصل بقاءه ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لان الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك قال (ومن غصب عبد اقباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز) استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رجما الله لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا علك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجهه دون وجهه والمصحح للاعتاق الكامل للماد ويناو لهذا

قدمنا الكلام فيه وهو بخلاف القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف فان القسمة الموقوفة على إجازة الغائب الكبير جازت بإجازة ورثته بعد موته استحسانا لانه لا فائدة في نقض القسمة ثم إعادة وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا يجوز بإجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم ولو هلك المبيع قبل الإجازة قبل التسليم فلا ضمان على أحد وان هلك بعده فللمالك ان يضمن أيهما شاء البائع أو المشتري وأيهما اختار برئ الآخر من الضمان لتضمن التضمنين عليك كما اذا ملكه من أحدهما لا يتصور تمليك من الآخر فان اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لان أخذ القيمة كأخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لإبماضين وان اختار تضمين البائع نظر ان كان قبض البائع مضمونا عليه بنفذه بعبه لان سبب ملكه وهو غصبه تقدم عقده وان كان قبض أمانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم لا بنفذه بعبه بالضمان لان سبب ملكه تأخر عن عقده وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمن البائع وهو محمول على انه سلمه أولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب هذا اذا باعه بشئ دين فان كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلك في يد البائع بطل البيع فلا تلحقه إجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري مثل العرض أو قيمته ان كان قيمته لانه قبضه بعقد فاسد (ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف وأولاهو قول محمد رحمه الله لان الأصل بقاءه) ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لان الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك (قوله ومن غصب عبد اقباعه فأعتقه المشتري ثم أجاز مولى العبد البيع فالعتق جائز) كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافا لكنهم ائبقوا خلافا مع زفر في بطلان العتق وهذه من المسائل التي جرت الحادثة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت أن العتق باطل وقال محمد بل رويت ان العتق جائز واثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الأصل الفرع صريحا وأقل ما ههنا ان يكون في المسئلة روايتان عن أبي حنيفة قال الحاكم الشهيد قال أبو سليمان هذه رواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف انه لا يجوز عتقه وسجي وان شاء الله تعالى قالوا وقول محمد قياس وقول أبي حنيفة استحسان وجه قول محمد أنه لا عتق بلا ملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا علك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك وقت العتق (ولو ثبت في الآخرة) أي عند الإجازة (ثبت مستندا وهو ثابت) وقت العتق (من وجهه دون وجهه والمصحح للاعتاق الكامل للماد وينا) من هذا الحديث وقد سلف تخريجه (ولهذا) أي لاجل ان الشرط

(٤٠ - فتح القدير خامس) باطلاق ما روي بنا ولا يشكل بالمكاتب فان اعتاقه جائز وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه واستوضح المصنف رحمه الله بفروع تؤنس ذلك وهو قوله (ولهذا قال المصنف (وهو قول محمد لان الأصل بقاءه) أقول اذ الظاهر بقاء ما وجد (قوله لان محل العتق هو الرقبة الخ) أقول تعليل لقوله ولا يشكل الخ (قوله ولهذا

لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ( وهو راجع الى قوله لانه لا يعتق بدون الملك وقوله ( ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ) وهو راجع الى قوله والموقوف لا يقصد الملك وقوله ( وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب ) يعني أن المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذا اذا اعتق ينبغي أن يكون كذلك مع أن البيع أسرع نفاذا من العتق ألا ترى أن الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم ينفذ ما هو أسرع نفوذا فلا أن لا ينفذ غيره أولى ( قوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان ولهما أن الملك ) فيه ( ثبت موقوفا ) والاعتاق يجوز أن يثبت موقوفا ( ٣١٤ ) على الملك الموقوف وينفذ بنفاذه أمانه ثبت فواجب من مقتضى وهو

التصرف المطلق الموضوع  
لإفادة الملك ولا تنفأ المانع  
وهو الضرر وأمانه  
موقوف لما تقدم وأمان  
الاعتاق يجوز أن يتوقف  
على ذلك فبالقياس على  
اعتاق المشتري من الراهن  
يجامع كونه اعتاقا في بيع  
موقوف وبالقياس على  
اعتاق الوارث عبدا من  
التركة وهي مستغرقة  
بالدين فإنه يصح وينفذ  
إذا قضى الدين بعد ذلك  
يجامع كونه اعتاقا موقوفا في  
ملك موقوف وهذا أبعد  
من الاول ذكره المصنف  
رحمه الله للاستظهار به  
واحتراز بقوله المطلق عن  
البيع بشرط الخيار وقوله  
موضوع لإفادة الملك عن  
الغصب فإنه ليس بموضوع  
لإفادة الملك وعلى هذا  
يخرج جواب محمد عن  
المسائل المذكورة فإن  
اعتاق الغاصب انما ينفذ  
بعد ضمان القيمة لأن  
الغصب غير موضوع لإفادة

لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك  
وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا أدى  
الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان ولهما أن الملك ثبت  
موقوفا بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ولا ضرر فيه على ما هو متوقف الاعتاق من تباعليه وينفذ  
بنفاذه فصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدين  
يصح وينفذ اذا قضى الدين بعد ذلك

الملك الكامل ( لا يصح أن يعتقه الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري ) شرط ( الخيار للبائع ثم  
يجيز البائع ) البيع ( وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أن البيع أسرع نفاذا )  
من العتق ( حتى نفذ من الغاصب اذا أدى الضمان ) بعد أن باع ( وكذا لا يصح اعتاق المشتري من  
الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان ) ولا الطلاق في الشكاح الموقوف حتى اذا أجاز لا يقع على المرأة  
وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على السواء وكذا اذا جعل فضولي أمرا أمرا رجل بيدها  
فطلعت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت النفويض فإن طلعت نفسها الآن طلعت حينئذ والا  
( ولهما أن الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ولا ضرر فيه على ما هو ) أول الباب  
( فيثبت الاعتاق موقوفا من تباعليه ثم ينفذ بنفاذه ) ومطلق يفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط  
الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق المشتري والخيار للبائع لأن ذلك ليس بتصرف مطلق اذا لم يمنع  
ثبوته في حق الحكم لا باتا ولا موقوفا وقد يقر بكسر اللام والفتح أصح وبموضوع لإفادة الملك عن  
الغصب فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب اذا أعتق ثم أدى الضمان على أن الغصب ليس سببا  
موضوعا لإفادة الملك انما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان فهو بعرضية ان يعتبر سببا لانه وضع  
سببا فيقتصر على ذلك ولذا لا يعتدى الى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع اذا أجاز يثبت الملك في المتصلة  
والمنفصلة وأما بيع المشتري من الغاصب فانما لا يصح منه لبطلان عقده بالاجازة فان يثبت الملك  
للمشتري باتا والملك البات اذا ورد على الموقوف أبطله وكذا لو وهبه مولا للغاصب أو تصدق به عليه أو  
ما ن فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد  
على وجه يطرأ فيه البات والافتقار كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف ( وصار كاعتاق  
المشتري من الراهن ) فإنه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتين أو فك الرهن والجامع انه اعتاق  
في بيع موقوف ( وكاعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذا قضى الدين

الملك قال في النهاية وهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه رد عليه أن يقال لما كان غير موضوع لإفادة الملك وجب ( واما  
أن لا ينفذ بيعه أيضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك لما أن كلا من جواز البيع وجواز العتق محتاج الى الملك والمالك  
هنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط

لا يصح أن يعتق الخ) أقول وعندى معنى قوله ولهذا أى وليكون المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك المستند قال المصنف ( ولهما أن  
الملك ثبت موقوفا الخ ) أقول لعلم ما يقولان في الجواب عن تعلقه بالحدث ان المراد بالعتق هو العتق الكامل النافذ وهو عند نفاذ العتق  
مالك له ملكا ما وان عم العتق للنافذ وغيره نعم الملك ايضا بالافرق فليستأمل ( قوله وهذا أبعد من الاول الخ ) أقول لأن في الاول البائع  
مالك لرقبة المبيع والوقف لحق المرتين

وقال وهذا بخلاف الغاصب اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند به حكم المالك لاحقيقة المالك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم المالك بكنى لنفوذ البيع دون العتق لحكم ملك المسكن في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة المالك ولهذا لا يستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة ولو قدر في كلام المصنف مضاف أى غير موضوع لافادة حقيقة المالك لتساوى الكلامان على انه ليس بوارد لان البيع لا يحتاج الى ملك بل بكنى فيه حكم المالك والغصب يفيد (قوله بخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع) جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار ليس عطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على اني بالخيار مقرون بالعقد نصا وقران الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينقضه أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله (قوله وبخلاف بيع المشتري من الغاصب) جواب عن الثالثة ووجهه ما قال لان الاجازة تثبت للبائع ملكا بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد وفيه بحث من وجهين الاول ان الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك الذي ثبت للغاصب بأداء الضمان على ملك المشتري الذي اشتري منه وهو موقوف الثاني أن طرأ الملك البات على الموقوف لو كان مبطالا لكان مانعا عن الموقوف لان الدفع أسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بديل ان عقدا ببيع الفضولي فان ملك المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك وأجيب عن الاول بأن ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري وعن الثاني بأن البيع الموقوف غير موجود في حق (٣١٥) المالك بل يوجد من الفضولي

والمنع انما يكون بعد الوجود أما المالك اذا أحاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملكا بات فأبطل الموقوف لماذا كرنا ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع لا منع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا في ان طرأ الملك البات يبطّل الموقوف وليس ملك المالك طارئا حتى يتوجه السؤال وقوله (أما اذا أدى الغاصب الضمان) جواب عن الرابعة وتقر به

بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس عطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان الاجازة تثبت للبائع ملكا بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله وأما اذا أدى الغاصب الضمان فينقذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الاصح

وأما عتق المشتري من الغاصب (اذا أدى الغاصب الضمان) فنقول (ينفذ) كذا ذكره هلال الراى ابن يحيى البصرى في وقفه وهو من أصحاب أبى يوسف ذكر فيمن غصب أرضا فباعها فوقفها المشتري ثم أدى الغاصب ضمانا حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وأما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالأصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم اذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه ويوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا احتجنا الى ان نجعله سببا في الحال متأخر احكامه ان أمكن فالبيع ليس مما يعلق فيجعل سببا في الحال فاذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر أثره من وقت وجوده وإذا ملك الزوائد وأما التفويض فيجتمتع التعليق فيجعلنا الموقوف معلقا بالاجازة وعندنا ثبت التفويض للحال لا مستندا فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وأما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن ان يعتبر في حال التوقف سببا للملك الطلاق بل الملك المتعة المستقبله اذا ثبت وهذا لانه لا يثبت لاجل صحة الطلاق مقصود الان شرعيته لصد ذلك من انتظام المصالح بينهما لا لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك الابناء على ثبوت المقصود أولا

أما اذا أدى الغاصب الضمان فلان سلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى قال المصنف وهو الاصح ولئن سلم فنقول هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا تستند للغاصب كما تقدم فكيف تستندان يملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مال كاله حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد

(قوله ولهذا لا يستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة) أقول الى هنا كلام صاحب النهاية (قوله بل بكنى فيه حكم المالك والغصب يفيد) أقول يعنى الغصب يفيد حكم المالك (قوله الاول ان الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان الخ) أقول انما قال ثم أدى الضمان لانه لو ملك الغاصب الموصوب من جهة المالك يبيع أو هبة أو وارث بعد ما باعه من غيره بطل ذلك البيع لان الملك البات طرأ على الملك الموقوف فأبطله كذا في فتاوى التمر تاشي في باب بيع عبد غيره (قوله والمنع انما يكون بعد الوجود) أقول فسر العلامة الكاكي قول صاحب النهاية بعد الوجود بقوله أى بعد وجود التعارض ومنه يتنبه لدفع نظر الشارح فتنبه (قوله وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع الخ) أقول وفيه بحث فان توجه السؤال من الظهور بحيث لا يمكن ان يخفى على أحد لاسم اذا نظر الى قوله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد (قوله فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى) أقول الوقف تحرير الارض كما ان العتق تحرير العبد ولعل الاولوية من حيث ان لزوم الوقف يحتاج الى أمور غير لفظ وقفت بخلاف الاعتاق

قال (فان قطعت يد العبد الخ) اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب وأخذ المشتري ارشها ثم أجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان الملك بالاجارة قد تم للمشتري من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لما منع وهو حق الغصوب منه فاذا ارتفع بالاجارة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فثبت ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فان لم يسلم المالك المبيع أخذ جميع ذلك معها لان ملكه بقي متقرا فيها والكسب والارش والولد لا يملك الاصل واعترض بما اذا غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفصولي اذا قال لامرأة امرئ بيده فطلعت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صرح التفويض دون التطبيق وان ثبتت المالكية (٣١٦) لها من حين التفويض حكما للاجارة وأجيب عن الاول بأن الملك في الغصوب

ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بأن الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب أن يجعل معلقا بالشرط لاسباب من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا من وقت وجوده متأخرا حكمه الى وقت الاجازة فعندهما ثبتت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فيعمل الموجود من الفصولي معلقا بالاجارة فعندها يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه أي كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجوز الاعتاق في الملك الموقوف لانه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب

قال (فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم أجاز المولى البيع فالارش للمشتري) لان الملك قد تم له من وقت الشراء فثبت ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يمكن لاستحقاق الارش كما يكتب اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى فكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر (ويتصدق بما زاد على نصف الثمن) لانه

وهو منتف هنا لو ثبت لكان ليس الا لصحة وقوع الطلاق بخلاف ملك اليمين فانه يجوز أن ينعدم مقصودا لصحة الاعتاق والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم لا اعتق الحديث النافذ في الحال وغاية ما يفيد لزوم الملك للعتق وهو ثابت هنا فان لم نوقعه قبل الملك فحصل الخلاف كما قال الامام القاضي يرجع الى أن يبيع الفصولي لا ينعدم في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الاعتاق لافي ملك فيطل كالمو باعه المشتري من الغاصب وعندهما بوجهه موقوف لان الاصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لافي توقفه وبعد المقدمة القائلة في كلام محمد ان المصحح للاعتاق الملك الكامل لم يصرح فيه ابدفع ويمكن ان يستخرج من الدليل المذكور منع أنه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك (قوله فان قطعت يد العبد) أي عند المشتري من غاصبه وحاصل وجوه هذه المسئلة المذكورة ان من غصب عبدا فباعه فأما ان يعتقه المشتري من الغاصب ثم يجزى المالك بيع الغاصب وإما أن لا يكون أحد هذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم أجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع وإما أن لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده أو قتل ثم أجاز نفسه أو بعة فروع تنفرع على اجازة بيع الغاصب أو لها ما اذا أجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغ منها والثاني ما اذا أجاز بيع الغاصب بعد ان جنى على العبد جنبا فآخذ ارشها فان الارش يستحقه المشتري من الغاصب لان قطع يده لا يمنع صحة الاجازة اذا لم يفت المعقود عليه بقطعها بخلاف موته فاذا لحقته الاجازة ظهر انه قطع في ملكه فيستحق ارش يده لما ذكرنا من ان البيع موضوع سببا للملك بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم أدى الضمان فلك العبد فانه لا يكون له الزوائد لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما ثبتت الملك مستندا لوقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل ثم (يتصدق) هذا للمشتري (بما زاد) من ارش اليد (على نصف الثمن لانه) أي ما زاد على نصف الثمن

حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان والعذر أي الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجه كاف لاستحقاق الارش كما يكتب (لم) اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد فبقا فان الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بطلاق وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهاية وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يمكن لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل وهذا أقرب ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه (قوله وقيل بخلاف الاعتاق) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وهذا أقرب) أقول أي معنى وان كان أبعد لفظا

لم يدخل في ضمانه لأن ارض السيد الواحدة في الحرف نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لأن الملك ثبت يوم قطع اليد مستنداً الى وقت البيع وهو ثابت من وجهه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به وفي الكافي ان لم يكن البيع مقبوضاً وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع وإنما ثبت فيه الملك بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجهه دون وجه وهذا كما ترى (٣١٧) توزيع الوجهين في الكتاب على الاعتبارين قال (فان باعه

المشتري من آخر الخ) يعني ان باع المشتري من الغاصب مسن شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ان الاجازة تثبت للبائع ملك على ملك موقوف لغيره أنطه ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به قبل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضاً لأنه يحتمل أن يجيز المالك بيعهما وان لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفاً وأجيب بأن غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للملك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرر يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز قتلنا بالجواز الموقوف علىهما لا يقال الغرر محرم فتخرج لان الصحة في العقود أصل

لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولا ان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر

(لم يدخل في ضمانه) لما ذكرنا ان السيد من الأدنى نصفه والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن وهذا لان ارض يد العبد نصف قيمته والحرف نصف ديتيه وعسى أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل لأنه اذا دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجهاً آخر وهو ان (فيه شبهة عدم الملك) لأن الملك في الارش ثبت يوم القطع مستنداً الى يوم البيع وهو ثابت من وجهه دون وجه وهو شبهة عدم الملك وأورد عليه لو وجب التصديق لشبهة عدم الملك في الزوائد ينبغي أن يتصدق بالكل لان في الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور في بيان شبهة عدم الملك في الزوائد ولو قيل شبهة عدم الملك انما تؤثر المنع مع كونه لم يضمن الا بانقراده دفع بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقاً فلا حاجة الى زيادة شبهة عدم الملك اذ لا نقيس شيئاً وزع في الكافي الوجهين فقال ان لم يكن العبد مقبوضاً وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود أي الملك حقيقة وقت القطع وإنما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجهه دون وجه ولو كان المشتري من الغاصب أعتق العبد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد قال المصنف وهذه أي هذه المسئلة وفي بعض النسخ وهو (حجة على محمد) يعني كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجوز اعتاق المشتري من الغاصب اذا أجاز المالك بيع الغاصب فإنه اعتاق في ملك موقوف وهذا استحقاق ارض مملوك بملك موقوف (والعذر له) أي جوابه بالفرق (بأن الملك من وجهه يكتفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده فأخذ ارضها ثم عجز فرد في الرق فان (الارض للمولى) مع ان ملكه فيه حال الكتابة من وجهه لامن كل وجهه (وكذا اذا قطعت يد العبد في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز) البائع (البيع) يكون (الارض للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر) حيث لا يكتفي فيه الا للملك من كل وجهه والثالث من الفروع ما ذكره بقوله (فان باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول) أي بيع الغاصب (لم يجز البيع) أي بيع المشتري من الغاصب من الآخر (لما ذكرنا) يعني قوله لان الاجازة تثبت للبائع ملكاً باتاً الى آخره (ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول) أي بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فانه) أي الاعتاق (لا يؤثر فيه غرر) الانفساخ بدليل أن المشتري لو أعتق العبد قبل قبضه يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روي عن أبي حنيفة أنه

فعارضته على ان اعتبار الغرر مطلقاً يستلزم اعتبار التروك اجاعاً وهو أن لا يصح بيع أصلاً لا سيما في المنقولات لاحتمال القسح بعد الانعقاد بل لاك البيع قبل القبض وأما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسامعاً يعارضه اذا المشتري الاول لم يملك حتى يطلب مشرباً آخر فتجوز البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجحما الله لأنه لا يؤثر فيه الغرر ألا ترى ان البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح

(قوله اذا المشتري الاول لم يملك حتى يطلب مشرباً آخر) أقول فيه تأمل (قوله لغرر الانفساخ فلم ينعقد) أقول منظور فيه فان الشراح صرحوا في كتاب الاكرام ان المغصوب منه اذا أجاز بيعاً من البيوع لوتسامحت المغصوب العقود نفذ ما جازة خاصة ولو لم ينعقد لم تنفذ

قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل أي فان لم يبعه المشتري من الغاصب فمات في يده أو قتل ثم أجاز المالك البيع أي بيع الغاصب لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا أن الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فوات بالموت والقتل لامتناع إيجاب البدل للمشتري بالقتل فلا يعد باقيا بقاء البدل ( ٣١٨ ) لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل لان ملكه ملك موقوف

قال (فان لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا أن الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فوات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن إيجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا بقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال (ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشتري البيعة على اقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بيئته) للتناقض في الدعوى اذا اقدام على الشراء اقرار منه بجمته والبيعة مبنية على صحة الدعوى

يتوقف البيع كما يتوقف الاعتراف واستشكل هذا التعليق بأنه شامل لبيع القسولي مطلقا غاصبا أو غير غاصب اذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الاجازة ومع ذلك ينعقد موقوفاً وتحققه الاجازة أوجب بأن هناك معارضا لغير الانفساخ من جماعته وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر وليس مثله ثابتا في البيع الثاني لانه لم يملكه المشتري الاول حتى يطلب مشريا آخر فتجرد البيع الثاني عرضة للانفساخ فلم ينفسخ أصلا وانما وجب تقديم ذلك المعارض لانه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع أصلا لان كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصاً في النقولات لجواز هلاك البيع قبل القبض فينفسخ فالمعتبر مانع غرر الانفساخ الذي لم يشبهه نفع و فرق العتاي بغيره هذا بين إعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا ينفذ بالاجازة بأن العتق منه للملك فهو مقرر للملك حكما والمقرر للشيء من حقوقه فإذا ان يتوقف بتوقفه والبيع ازاله بلا انتهاء فكان ضداً للحكمة فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاده والدليل على الفرق بينهما ان المشتري اذا أعتق ثم أطلع على عيب يرجع بالنقصان ولو باع ثم أطلع على عيب لا يرجع والرابع ما ذكره بقوله (فان لم يبعه المشتري و) لكن (مات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا أن الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فوات بالموت ظاهر وأما في القتل فلم يعتبر إيجاب البدل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا بقاءه فتحقق الاجازة كما في البيع الصحيح اذا قتل فيه العبد قبل القبض فان البيع لا ينفسخ كما ينفسخ بالموت بل يجعل قيام بدله كقيامه فيختار المشتري بين أن يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع بيد العبد على قائله وبين أن يفسخه فيصير إلى البائع فمدار الفرق بأنه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل ملكا يقابل بالبدل لانه ملك موقوف والمالك الموقوف لا يقابل بالبدل بخلافه في البيع الصحيح (قوله ومن باع عبد غيره بغير أمره) قوله بغير أمره وان وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة بل صورته باع عبد غيره من رجل فأقام ذلك المشتري بيعة على اقرار البائع انه لم يأمره ماله ببيعه أو أقام على قول رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فان هذه البيعة لا تقبل للتناقض على الدعوى اذا اقدام على الشراء دليل دعواه بجمته وانه يملك بيعه ودعواه اقراره بعدم الامر يناقضه اذ هو دليل انه لم يصح لم يملك البائع البيع وقبول البيعة يدعى على صحة الدعوى حيث لم تصح لم تقبل ولولم تكن بيعة بل ادعى البائع بعد البيع ان صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشتري أمره لا وأدعى المشتري عدم الامر فالقول لمن يدعى الامر لان الامر الآخر مناقض اذا اقدامه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الآخر ولذا ليس له أن يستلحقه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح

وهو لا يصلح أن يكون مقابلا بالبدل بخلاف البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ لان ملك المشتري ثابت بات فامكن إيجاب البدل فيكون المبيع قائما بقيام خلفه وهو القيمة والمشتري باختيار فان اختار البدل كان البدل للمشتري قال (ومن باع عبد غيره بغير أمره) رجل باع عبد غيره بغير أمره فقال المشتري أرد البيع لانه بعني بغير أمر صاحبه وجحد البائع ذلك (فأقام المشتري البيعة) أن رب العبد أو البائع أقرانه لم يأمر البائع ببيعه (لا تقبل بيئته) لانها اتبنت على صحة الدعوى فان صححت الدعوى صححت البيعة والا فلا وههنا بطلت الدعوى (للتناقض) لان إقدام المشتري دليل على صحة الشراء وان البائع يملك البيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير أمر صاحبه دليل على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البيعة

قال المصنف (فان لم يبعه

المشتري فمات في يده) أقول قال الاتقاني لم يذكر محمد هذه المسئلة في الجامع الصغير ولكن ذكرها في الزبادات شرحه وصاحب الهداية أيضاً ذكرها تنقير بها انتهى فلا يكون قوله قال محمد في محله لما ذكره الاتقاني نفسه في أول باب الوطء الذي يوجب الحدان كل موضع يذكر فيه لفظة قال يريد به محمد أو القدروري

(وان أقر البائع بذلك) أي بأنه باعه بغير أمره (بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقص لا يمنع صحة الاقرار) ألا ترى أن من أنكر شيئاً ثم أقر به صرح اقراره إلا أن الاقرار حجة قاصرة لا ينفذ في حق الغير فإذا ساعده المشتري على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فإحراز ان ينقض وذكّر المصنف رحمه الله مسألة الزيادةات نقضاً على مسألة الجامع الصغير وتصورهما قبل رجل ادعى على المشتري بأن ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك ثم أقام البيعة على البائع انه أقر بأن المبيع لهذا المشتري تقبل البيعة وان تناقض في دعواه قال (وفرقوا) أي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادةات (بأن العبد في هذه المسئلة) أي في مسألة الجامع الصغير (في يد المشتري) فيكون المبيع سالمه فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع (وفي تلك) أي مسألة الزيادةات العبد المبيع في يد المشتري فلا يكون المبيع سالمه للمشتري فيثبت له حق الرجوع (٣١٩) لو جرد ان شرطه قبل في هذا الفرق

نظر لان وضع المسئلة في الزيادةات أيضاً في أن العبد في يد المشتري ولئن سلمنا انه في يد المشتري فلا يلزم قبول البيعة لبقاء التناقص المبطل للدعوى والأولى أن يقال ان المشتري أقام البيعة على اقرار البائع قبل البيع في مسألة الجامع الصغير فلم تقبل التناقض وفي مسألة الزيادةات أقام البيعة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البيعة قال صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد ان تأملت فيه برهنة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع الجامع الصغير يمكن لجواز ان يكون المشتري أقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل البيع أقر بذلك

(وان أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع) ان طلب المشتري ذلك لان التناقص لا يمنع صحة الاقرار وللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رحمه الله وذكّر في الزيادةات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم أقام البيعة على اقرار البائع انه لا يستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المشتري وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالمه للمشتري

الزيادةات بخلاف مالو أقر البائع عند القاضي بذلك حيث يحكم بالطلاق والرد ان طلب المشتري ذلك لان التناقص لا يمنع صحة الاقرار ولذا صرح اقراره بالشيء بعد إنكاره اياه إلا أن الاقرار حجة قاصرة بعين انما ينفذ في حق المقر خاصة فإذا وافقه المشتري نفذ عليه فلذا شرط طلب المشتري حتى يكون نقضاً باتفاقهما لا بمجرد اقرار البائع والمراد بفسخ القاضي أنه يرضى اقرارهما لأن الفسخ يتوقف على القضاء وفرعها ان صاحب العبد اذا حضر وصدقه ما نفذ الفسخ في حقه وتقرر وان كذبهما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا ان اقدامهم ما اقرار منهم بما لا امر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويعزم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لانه ويبطل عن المشتري الثمن لا أمر في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يبقى في ذمة المشتري لا أمر ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناء على أن الوكيل بالمبيع ملك ابراهم المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد وملك الاقالة بغير رضا الأمر وعلى قول أبي يوسف لا عليك (قوله وذكّر في الزيادةات) إلى آخره صورة مسألة الزيادةات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاهما مستحق كان المشتري خصهما لانه يدعيها لنفسه فان أقربها للدعي أمر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره به لا يكون حجة على البائع وكذا لو جدد دعواه خلف فنسك ففقد عليه بالنسكول لان نسكوله ليس حجة على غيره لانه كافراره فرق بين هذا وبين الوكيل بالمبيع اذ ارد عليه بعيب يحدث منه له باقراره لا يلزم الموكل وان رد عليه بنسكوله يلزمه كرده بالبيعة لان المشتري مختار في النسكول لانه امتنع عن المين مع وجود ما يطلق له الخلف وهو البيع الذي هو ظاهر في الملك ولو كان مضطراً فلا يضطر اذ الخلفه بعبء لا يشره بنفسه فلا يظهر حكم نسكوله في حق الغير أما الوكيل فمضطر في النسكول اذ لم يوجد ما يطلق له الخلف فان غير المالك يخفى عليه عيب ملك المالك ولو قال المشتري أنا أقيم البيعة انه لا يستحق لارجع على البائع لا ينفذ اليه

ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمائع كما تقدم والواضح في الفرق ما ذكره المصنف على ما قررناه وما قبل ان التناقص المبطل للدعوى باق يجب عنه بأن المشتري غير متناقص من كل وجه لانه لا ينسك العقد أصلاً ولا ملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد وبطل المستحق مملوك وانما ينسك وصف العقد وهو الصحة والازوم بعد الاقرار به من حيث الظاهر فكان متناقصاً من وجه دون وجه فجهلناه متناقصاً في مسألة الجامع الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم نجعله متناقصاً في الفصل الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره وكان ذلك عملاً بالشبهين بقدر الامكان فصرنا اليه

(قوله قبل في هذا الفرق نظر) أقول القائل هو الاتفاق (قوله وما قبل الى قوله يجب عنه بأن المشتري الخ) أقول هذا الجواب مذكور في الخيارات وهو زيادةات فاضحان ثم قوله يجب عنه خبر لقوله وما قبل ان التناقص الخ (قوله متناقص من وجه) أقول أي من حيث اللفظ (قوله دون وجه) أقول أي من حيث الحقيقة والله أعلم

لانه مناقض في دعواه لان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع وبهجة البيع وبهذه البيئة ناقض  
 فرق بين هذا وبين ما ذكر في المأذون رجل اشترى عبدا وقبضه وتقد الثمن ثم أقام البيئة ان البائع باع  
 العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بيئته مع انه مناقض ساع في نقض ماتمه والثانية ماروى  
 ابن سماعة عن محمد اذا وهب لرجل جارية فاستولدها المو هو ب له ثم أقام الواهب بيئته انه كان دبرها  
 أو استولدها قبلت بيئته فيرجع على المو هو ب له بالجارية والاعقر وقيمة الولد مع انه مناقض ساع  
 في نقض ماتمه و فرق أما في مسألة الواهب فالفرق ان تناقضه فيما هو من حقوق الحسرة كالتدبير  
 والاستيلاء والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى وعندى ان هذا غير صحيح لان التناقض انما قبل في دعوى  
 الحسرة لان سماعا قد يخفى على المتناقض المدعى بها بعد اقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير مثلا  
 والاستيلاء لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاءه ووطئه فيجب ان لا يقبل تناقضه ولا يحكم بيئته وأما في  
 مسألة المأذون فبأنه لو أقام البيئة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد أقامها على اقرار البائع انه  
 ملك الغائب لان البيع اقرار من البائع بانه قال الملك الى المشتري ثم مسألة الاستحقاق لو أقامها على  
 اقرار البائع انهم الاستحقاق قبلت لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع باقراره وهو خصم في ذلك  
 ويثبت ماليس بنابت وهو اقرار البائع ولو كان مناقضا فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذا  
 تصديق الخصم ويجوز ان تقبل البيئة على اقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق كما قال علماءنا فمن في  
 يده عبدا فداعاه رجل فأقام صاحب اليد البيئة انه لفلان الغائب لا تقبل بيئته ما لم يدع الوصول اليه من  
 جهة الغائب ولو أقامها على اقرار المدعى تقبل وان لم يدع الوصول اليه من جهته و فرق في شرح الزيادات  
 بين هذا وبين مسألة الجامع المذكورة في الهداية وهو انه لا تقبل بيئته المشتري على اقرار البائع انه لم  
 يأمره كما لا تقبل على دعواه انه لم يأمره بانه وضع المسئلة في الجامع فيما اذا كان المبيع في يد المشتري فهو  
 سالم له من حيث الظاهر وسلامة المبيع من حيث الظاهر تنفع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعي الحق  
 الرجوع وفي الزيادات وضع فيما اذا أخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعي النفسه حق الرجوع  
 قال ولا يقال في مسألة المأذون المبيع في يد المشتري ومع هذا قبلت بيئته لانا نقول ذلك محمول على ما اذا  
 أخذ العبد من يده وهذا هو فرق المصنف وهو منظور فيه بأن وضع مسألة الزيادات أيضا في أن الجارية  
 في يد المشتري كما سمعتك فالاولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ ان مسألة الجامع محمولة  
 على ان المشتري أقام البيئة على اقرار البائع قبل البيع أما اذا أقامها على اقراره بعد البيع ان رب العبد  
 لم يأمره بالمبيع فتقبل لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع  
 ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسألة الزيادات محمولة على هذا أيضا فتقع الغنية  
 عن التفرقة بين المستقلين انتهى وقيل مسألة الجامع محمولة على اقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فلم  
 تقبل للتناقض والزيادات على الاقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت ومما يناسب المسئلة باع عبد  
 غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولا ثم أقام البائع البيئة انه اشترى العبد من مولا بعد بيعه أو ورثه بعد  
 البيع قال محمد تقبل بيئته ويطلب البيع الاول ومن فروغ مسألة الاستحقاق على ما في شرح الزيادات  
 ما لو قال المشتري للقاضي سل البائع ان الامة للمستحق أو ليست له اجابه القاضي الى ذلك لانه يدعى انه  
 مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فمسألة القاضي فان أقر بذلك ألزمه الثمن وان أنكر وطلب  
 المشتري تحليفه أجابه القاضي الى ذلك فثبت من قال انما يحلفه لانه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه فاذا  
 جحد يستلزم كفا في سائر الدعاوى فانه قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لان شراءه اقرار منه بعخته ودعواه  
 انه ملك المستحق انكار ذلك والى هذا لا تقبل بيئته وكما لا تقبل البيئة الا بعد دعوى صحيحة لا يستلزم

الابد مدعوى صحة دل عليه ما في المأذون اشترى عبد شياً ثم قال أنا محجور وقال البائع ما ذون فاراد  
 العبد ان يقيم البينة على ما ادعى لا تقبل ولا يستخلف خصمه وان اقربه البائع يلزمه وذ كرفي الجامع  
 ان المشتري لو اراد استخلاف البائع انك ما بعته من فلان قبل ان تبعية منى لم يكن له ذلك وان اقربه  
 البائع يلزمه والجواب أن في مسئلتنا المشتري غير منافض من كل وجه لانه لا ينكر العقد أصلاً ولا الثمن  
 فان بيع مال الغير منع قد و بدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو لازم بعد الاقرار من  
 حيث الظاهر فكان منافضاً من وجهه دون وجهه فجعلناه منافضاً في حق البينة ولم نجعله منافضاً في حق  
 اليمين ليكون علاماً ما والعمل على هذا الوجه أولى لان البينة حجة متعددة فلو لم نجعله منافضاً في حقها  
 يلزمنا أن لا نجعله منافضاً في حق اليمين بطريق الأولى بخلاف مسألة المأذون لان العبد منكر لحكم  
 العقد أصلاً لان شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان منافضاً من كل وجه وبخلاف مسألة الجامع  
 لان ثمة المبيع في يد المشتري فلا يكون له حق الخصومة وهذا على طريق الموافقة للصنف في النرق قال ولو  
 لم تستحق الجارية وان كان ادعت أنها حرة الاصل فان أقر المشتري بذلك أو استخلف فنسكل وقضى القاضي  
 بحريتها لم يرجع المشتري على البائع أما حرية الجارية فلا تنها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره  
 ولا يرجع على البائع لان نكوله واقراره حجة عليه دون غيره منهم من قال قوله فاستخلف فنسكل غلط من  
 الكاتب لان الاستخلاف لا يجري في دعوى الرق في قول أبي حنيفة وعندهما يجري الا أن اليمين  
 تكون على الامة فلا معنى لقوله فابي المشتري اليمين ومنهم من قال بل هو صحيح لان موضوع المسئلة فيما  
 اذا بيعت الامة وسلبت فانقادت لذلك فانه يادها كقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق  
 العارض فيكون الثمن على المشتري لان الظاهر شاهد له فلو ان المشتري أقام البينة على البائع أنها  
 حرة قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين أحدهما أنه ليس بمناقض  
 في فصل الحرية لانه فيها يظهر بينته انه أخذ الثمن بغير حق وذلك دين عليه لان الحرية تنفي انعقاد  
 العقد وملك اليمين للبائع فكانت البينة مظهرة أن اقدامه على الشراء لم يكن اقراراً بانعقاد العقد فلا  
 يتحقق التناقض أما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع فلو قبلنا بينة المشتري انها  
 للمستحق لا يظهر بينته أنها المستحق لان اقدامه على الشراء اقرار على اليمين للبائع ومع بقاء ذلك  
 الاقرار يتحقق التناقض ويصير مكذباً بشهوده ساعياً في نقض ما تم به والوجه الثاني انه منافض في  
 الفصلين الا أن هذا تناقض لا يحتمل النقص فلا يمنع صحة الدعوى كالتزوج امرأة ثم أقامت البينة  
 انها أخته من الرضاع أو أقامت البينة انه طلقها اثلاً ثام تزوجها قبل أن تنكح غيره وكذا لو أعتق  
 عبده على مال ثم أقام العبد البينة انه أعتقه قبل ذلك قبلت واختلف أصحابنا رحمه الله فبين باع  
 رضا ثم أقام بينة انه باع ما هو وقف منهم من قال لا يقبل لانه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ومنهم من قال  
 تقبل لانه لا يحتمل الفسخ بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه وذ كرا أبو بكر الرازي رحمه الله انما تقبل  
 بينة المشتري انها حرة لانها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان مكان الامة  
 عبد على قول أبي حنيفة لا تقبل وعلى قوله ما تقبل لانها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير  
 دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى المستحق انها أمته أعتقه أو دبرها أو ولدت منه فأقر المشتري  
 بذلك أو أبي اليمين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا فان أقام المشتري البينة على البائع  
 بذلك ان شهد الشهود على ان ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن لانه يثبت بينته  
 أنهم لم تدخّل في العقد فكان مدعي الدين فلا يكون منافضاً فان شهد وأعلى ان ذلك كان بعد الشراء  
 بينهم ما لا تقبل بينته لانها وقت العقد كانت مملوكة محلاً للعقد والاعتاق المتأخر لا يبطل الشراء السابق

قال (ومن باع دارا لرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع) عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول أولا يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهي مسألة غصب العقار وسنمينه ان شاء الله تعالى والله تعالى أعلم بالصواب

(قوله ومن باع دارا لرجل) أي عرصة غيره بغير أمره وفي جامع نثر الاسلام معنى المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب بعدما أدخلها المشتري في بنائه فكذلك المشتري (لم يضمن البائع عند أبي حنيفة) لمن أقر بالغصب منه (وهو قول أبي يوسف آخرا) وكان يقول أولا يضمن وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار هل يتحقق أولا عند أبي حنيفة لا فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن (فروع) تتعلق بهذا الفصل باع الامة فضولي من رجل وزوجها منه فضولي آخر فأجزأ معا ثبت الاقوى فتصير غلوكة لازوجة ولو زوجها من رجل فأجزأ بطلا ولو باعها من رجل فأجزأ نصف بينهما ويخير كل منهما بين أخذ النصف أو الترك ولو باعه فضولي وأجره آخر أو رهنه أو وزوجه فأجزأ معا ثبت الاقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع أقوى وكذا ثبت الهبة اذا وهبه فضولي وأجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لانهم الازمة بخلاف غيرها والاجارة أحق من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع أحق من الهبة لان الهبة تبطل بالبيع فقيما لا يبطل بالبيع كهبه فضولي عبدا وبيع آخر اياه يستويان لان الهبة مع القبض تساوي البيع في افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فبأخذ كل النصف ولو تباع غاصبا عرصى رجل واحده فأجاز لم يجز لان فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للبائع في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد ولم تلحقه الاجارة ولو غصب من رجلين وتباعا وأجاز المالك جاز ولو غصب النقصين من واحد وعقد الصرف وتقباضا ثم جاز جاز لان التمسك ولا تنعني في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب وتقدم ان المختار في بيع المرهون والمشتاخرانه موقوف على اجازة المشتاجر والمترهن فلو وصل الى المالك بوفاء الدين أو البراء أو فسخ الاجارة أو تمام المدة ثم البيع ولو لم يجز للمشتري خيار الفسخ اذا لم يعلم وقت البيع بهما وان علم فكذلك عند محمد وقيل هو ظاهر الرواية وعند أبي يوسف ليس له الفسخ اذا علم وقيل هو ظاهر الرواية وليس للمشتاخر فسخ البيع بخلاف ولالراهن والمؤخر وفي المترهن اختلاف المشايخ وفي مجموع النوازل بيع المغصوب موقوف ان أقر به الغاصب أو كان للمغصوب منه بينة عادلة ولو أجاز ثم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقيل لانه اخلف بدلا والاول أصح وروى ابن سماعة عن أبي يوسف وبشر عن محمد أن شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشتري مقام البائع في الدعوى وعن أبي حنيفة روايتان رجل غصب عبدا وباعه ودفعه الى المشتري ثم ان الغاصب صالح المولى من العبد على شيء قال محمد ان صالحه على الدراهم والدنانير كان كأخذ القيمة من الغاصب فينفذ بيع الغاصب وان صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيع الموقوف بيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده وكذا شراؤه على اجازة وليه والده أو وصيه أو جده أو القاضي وكذا الذي باع سفيه أو المعتوه وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على اجازة الغرماء في الصحيح خلافا لما قال فاسد فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم أجاز الغرماء بيعه صححت اجازتهم وبهلك الثمن على الغرماء وان أجاز بعضهم البيع ونقضه بعضهم بحضرة العبد والمشتري لا تصح الاجازة ويبطل البيع ومنه بيع المريض عينا من وارثه يتوقف على اجازة الورثة وصحة المريض فان صح من مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة بطل والله أعلم

قال (ومن باع دارا لرجل) قيل معناه باع عرصة غيره بغير أمره (وأدخلها المشتري في بنائه) قيل يعني قبضها وانما قيد بالادخال في البناء اتفاقا (لم يضمن البائع) أي قيمة الدار (عند أبي حنيفة) وهو قول أبي يوسف آخرا وكان يقول أولا يضمن وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار على ما سياتي

## باب السلم

لما فرغ من أنواع البيوع التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقد تم السلم على الصرف لتكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو بمنزلة المقر من الركب وهو في اللغة عبارة عن نوع يبيع بمجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقهاء هو أخذ عاجل بأجل قبل فهو بالمعنى اللغوي إلا أن في الشرع اقترنت به زيادة شرائط ورد بأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل وحده فيه هذا المعنى وليس يسلم ولو قيل يبيع بأجل بعاجل لاندفع ذلك وركنه الإيجاب والقبول بأن يقول رب السلم لا خراست اليك عشرة دراهم في كترخطة أو أسلفت فيقول لا خراست ويسمى هذا رب السلم والأخر المسلم اليه والخطة المسلم فيه ولو صدر الإيجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح بشرط جواز ههنا كذا في أثناء كلامه (٣٣٣) إن شاء الله تعالى قال (السلم عقد مشروع بالكتاب الخ) السلم عقد

مشروع ودل على ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه معناه إذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الأعلام بأن من حق الأجل أن يكون معلوما ووجه الاستدلال (ماروي عن ابن عباس رضي الله عنهما) أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها أي في السلف على تأويل المدائنة (أطول آية في كتاب الله وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم الآية) فإن قيل هذا استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به قلنا عموم اللفظ يتناولها فكان الاستدلال به (قوله المضمون) صفة مقدرة للسلف كما في قوله تعالى يحكمهم بها النبيون الذين أسألوهم معناه الواجب في الذمة

## باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المدائنة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما ما شهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه الآية

## باب السلم

تقدم أن البيع ينقسم إلى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لانه إما يبيع عين بثمن وهو المطلق وأقلبه وهو السلم أو عين بثمن فالصرف أو عين بعين فالمقايضة ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فقدموا بشرط في الآخر في الصرف قبضهما وفي السلم قبض أحدهما فقدم انتقالا بتسديد ربح وخص باسم السلم لتحقيق إيجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعني تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم اليقن لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الإجماع له ويعرف مما ذكر أن معناه الشرعي بيع أجبل بعاجل ومقابل أخذ عاجل بأجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرف أيضا أنه يصدق على عقده بلفظ البيع بأن قال المسلم اليه بعثك كذا خطة بكذا إلى كذا وبذ كر باقي الشروط أو يقول المسلم اشترت منك إلى آخره وفيه خلاف زفر وعيسى بن أبيان وصحة المذهب عنه عمر الوجه لأن العبرة للمعنى ومعنى أسلمت اليك إلى كذا وبعتك إلى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وإن كان على خلاف القياس فذاك باعتبار أمر آخر لا بأمر يرجع إلى مجرد اللفظ وعرف أن ركنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه وسد كرم المصنف شرائطه وأما حكمه فقبول المالك للسلم اليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة أما في العين فلا يثبت الإقبضه على انعقاد مبادلة أخرى على ما سمي عرف والمؤجل المطالبة بما في الذمة ومعناه لغة السلف فاعتبر في الشرع كأن الثمن يسلفه المشتري للبائع ليقضه آياه وجعل إعطاء العوض للسلم اليه فيه قضاء كانه هو إذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهمة في أسلمت اليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته إلى مقلس ونحو ذلك بعيد ولا وجه له إلا باعتبار المدفوع هالك وصحة هذا الاعتبار تنوقف على غلبة نواته عليه وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء (قوله وهو) يعني السلم (عقد مشروع بالكتاب وهو آية المدائنة) أخرج الحاكم في المستدرک بسنده وصحة على

## باب السلم

(قوله أخذ عاجل بأجل) أقول يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بأجل بقرينة المعنى اللغوي إذا لاصل هو عدم التغير إلا أن يثبت بدليل (قوله قبل فهو الخ) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ورد بأن السلعة) أقول الرد لا تقا (قوله ولو قيل يبيع بأجل بعاجل الخ) أقول قوله ولو قيل الخ أيضا من كلام الاتفاق (قوله فإن قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به) أقول إن أراد أنه لا معتبر به مطلقا فظاهر أنه ليس كذلك وإن أراد أنه لا معتبر به في نفي تناوله لما عدا ذلك السبب فسلم ولا يفيد ذلك إلا نزاع أحد في تناوله للسبب وإن نوزع في تناوله لغيره كالا يخفى فلا حاجة إلى اعتبار عموم اللفظ مع أن وجوده فيما نحن فيه محتمل تأمل وأيضا لو كان الاستدلال به لم يكن وجه الاستدلال ماروي عن ابن عباس فنأقض آخر كلامه أوله

أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم والقياس بأن كان بأباه ولا يكثر كناه بغيره ووجه القياس أنه يبيع المعدوم إذا لم يبيع هو المسلم فيه قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم والمراد بالموزونات شرطهما عن قتادة عن أبي حسان الأعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه الآية وعنه روى الشافعي في مسنده والطبراني وابن أبي شيبة وعزه بعض متأخري المصنفين إلى البخاري وهو غلط فإنه لم يخرج في صحيحه لابي حسان الأعرج واسمه مسلم والمصنف قد ذكر لفظ الحديث أحل السلف المضمون فقال بعض المشايخ المراد بالمضمون المؤجل بدليل أنه في بعض رواياته السلف المؤجل وعلى هذا فهي صفة مقررة لا مؤسسة ويكون ما روى الخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون إلى أجل جمع بين مقررين وقوله مسمى أى معين (و) كذا (بالسنة) الآن لفظ الحديث كذا كره المصنف فيه غرابته (وهو أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم) وإن كان في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ قيل والذي يظهر أنه حديث مر كمن حديث النهى عن بيع ما ليس عند الإنسان رواه أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع إلى أن قال ولا تبع ما ليس عندك قال الترمذي حسن صحيح و قد قدم والرخصة في السلم رواه السنة عن أبي المنهال عن ابن عباس قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في الثمر السنة والسنين والثلاث فقال من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم وفي البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى قال إن كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في الخنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس أذهب بيع المعدوم وجب المصير إليه بالنص والاجتماع للعاجلة من كل من البائع والمشتري فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل إذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربحه المشتري والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم وقدرة في المال على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية إلى قدرته المالية فلهذه المصالح شرع ومنع بعض من نقدا الهداية قولهم السلم على خلاف القياس لأنه يبيع المعدوم قال بل هو على وفقه فإنه كالإتباع بثمن مؤجل وأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلا في الذمة وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس قال وهذا المعنى هو الذي فهمه تزيان القرآن ابن عباس وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه فالخامس أن قياس السلم على الإتيان بثمن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة وأطال كلاما وحاصله مبنى على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وإن قياسه على الثمن المؤجل أولى به وليس كلامهم هذا بل أنه هو نفسه يبيع المعدوم فهو على خلاف القياس الأصلي فيه وكونه معدوما لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبرا في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده وقوله أى فرق إلى آخره يقيده أنه على وفق القياس وكلامه يقيده الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده فانهعدامه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فإنه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لأن الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن وليس في كلام ابن عباس ما يفهم أنه رأى على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفى أنه على خلاف القياس بل لأجل هذه المصلحة شرع

(قوله وهو يتضمن الجواز) أقول فإن وجوب الوصف شرعا يتضمن جوازه موصوفه شرعا هذا هو مراده ظاهرا (قوله فالجواب أن الدليل قد دلل الخ) أقول وأيضا من الحديث الشريف تعلم طريق السلم وظاهر أن ذلك لا يكون ذلك إلا بعد الجواز ولا شبهة في الآية الكريمة

غير الدراهم والدنانير لانهم ما ائتمان والمسلم فيه لا يكون مثمنا بل يكون مثنافلا يصح السلم فيه ما لم يقبل بباطل وقبل ينعقد بيعا بشئ مؤجل  
تخصيصا لقصد المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للعاني (والاول قول عيسى بن ابيان والثاني قول ابي بكر الاعشى رحمه الله  
وهذا الاختلاف فيما اذا سلم حنطة او غيره ما من العروض في الدراهم (٣٣٥) والدنانير لم يكن أن يجعل بيع حنطة

بدرهم مؤجلة بناء على  
أنهم ما قصدوا مبادلة الحنطة  
بالدراهم وأما اذا كان  
كلاهما من الاثمان بأن سلم  
عشرة في عشرة دراهم أو في  
دنانير فانه لا يجوز بالاجماع  
وما ذكره عيسى أصح لان  
التصحیح انما يجب في محل  
أو جبا العدة فيه وهما  
أو جبا في المسلم فيه وهو  
اذا كان من الاثمان لا يصح  
تصحیحه لانها لا تكون  
مثمنا وتصحیحه في الحنطة  
تصحیح في غیر ما أو جبا  
فيه فلا يكون صحیحا قال  
(وكذا في المذروعات لانه  
يمكن ضبطها) أي وكجواز  
السلم في المكيه لالت  
والموزونات جواز في  
المسذروعات لكونها  
كالمكيه لالت والموزونات  
في مناط الحكم وهو امكن  
ضبط الصفة ومعرفة المقدار  
لارتفاع الجهالة بخلاف الحاقها  
بهما وعلى هذا التقرير  
سقط ما قيل انما يلحق  
بغير دلالة اذا تساوى ايمان  
جميع الوجوه وليس المذروع  
منع المكيه أو الموزون  
كذلك لتفاوتهما فيما هو  
أعظم وجوه التفاوت وهو  
كون المذروع قيميا وهما  
مثليان لان المناط هو ما ذكرنا

غير الدراهم والدنانير لانهم ما ائتمان والمسلم فيه لا بد أن يكون مثنافلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون  
باطلا وقيل ينعقد بيعا بشئ مؤجل تخصيصا لقصد المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للعاني  
والاول أصح لان التصحيح انما يجب في محل أو جبا العدة فيه ولا يمكن ذلك قال (وكذا في المذروعات)  
لانه يمكن ضبطها بذكر الدرع والصفة والصناعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم  
وان كان على خلاف القياس قال المصنف رحمه الله والمراد بالموزونات أي التي يجوز السلم فيها  
(غير الدراهم والدنانير) أما الدراهم والدنانير فان سلم فيها دراهم أو دنانير فلا تنافي أنه باطل وان سلم غيرها  
من العروض ككترة حنطة أو ثوب في عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلمها بالاتفاق لان المسلم فيه لا بد  
أن يكون مثمنا والثبوت ائتمان فلا تكون مسلما فيها واذا لم يصح فهل ينعقد بيعا في الكثر والثوب بشئ  
مؤجل أو يبطل رأسا حكى المصنف فيه خلافا (قيل يبطل) وهو قول عيسى بن ابيان (وقيل ينعقد  
بيعاً بشئ مؤجل) ولا يبطل وهو قول أبي بكر الاعشى وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن ابيان أصح  
لان تصحيح العقد انما يكون في المحل الذي أوجب المتعاقدان البيع فيه لا في غيره وهما لم يوجبا الا في  
الدراهم ولا يمكن تصحيح العدة باعتبارها بل باعتبار الثوب ولم يوجبا فيه فكان في غير محله الا أن الاول  
عندي أدخل في الفقه لان حاصل المعنى الصادر بينهما اعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الآخر بدراهم  
مؤجلة وهذا من افراد البيع بل تأويل اذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وكونه أدخل الباء على الثوب  
لا يقدح في أن الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما وادخال الباء على الثوب كادخالها  
على الثوب المقابل بل بالخبر فيما اذا اشترى خرا بثوب فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضى ان المبيع  
هو الخمر وهو مبطل باعتبار التحصيل غرضه ما أمكن (قوله) وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها  
بذكر الدرع والصفة والصناعة ولا بد منها) أي من هذه الثلاثة للضبط الذي هو شرط الصحة وعرف  
من تعليله هذا ان شرط الصحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير افضاء الى  
المنازعة فلهاذا أجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبراري اذا  
بين الطول والعرض وفي الايضاح يحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباغ لبقاء التفاوت بعد  
ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباغ كلما ثقل ازدادت قيمته والحرير كلما  
خف زادت انتهى وهذا في عرفهم وفي عرفنا ثياب الحرير أيضا وهي المسماة بالكمخاء كل ما ثقل ازدادت  
القيمة فالخامس انه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة فان قيل ينبغي أن  
لا يصح السلم في غير المكيه والموزون لانه مشروع على خلاف القياس ولم يذكر في النص المقيده بشرعيته  
الا الكيل والوزن فلا يقاس عليهما غيرهما لا يقال السلم مخصوص من عموم لا تبع ما ليس عندك  
ودليل التخصيص جاز أن يعلل ويلحق بالخبر غير به لا نأقول ذلك مقيدا بما اذا لم يخالف حكم دليل  
التخصيص القياس لاتفاق كلهم على أن ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره فالجواب أن شرعية  
السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام وهو لفظ ما ليس عندك الواقع في سياق النهي  
وهو لا تبع مطلق بالنسبة الى ذكر الاجل فيما ليس عندك وعدمه وشرعية السلم تقييده بما اذا لم  
يذكر الاجل في المبيع أما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا بعضه ليكون تخصيصا بما ليس

اذا الجهالة المفضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا أو مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله لا تبع ما ليس  
عندك فانه عبارة اختصت منه المكيه لالت والموزونات بقوله من سلم منكم الحديث فيق ما وراءهما تحت قوله لا تبع فالجواب أنا لا نسلم  
صلاحية ما ذكرت للتخصيص لان القرآن شرطه وهو ليس بوجوده سلماء لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة

(قوله فالجواب أنا لا نسلم صلاحية ما ذكرت الخ) أقول هذا منع لا يضر

وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم القدر مضبوط  
الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت  
عنده بل كل ما ليس عنده بلاذ كر أجل على عومه في منع البيع وكله مع ذكره يخرج من ذلك الحكم  
لكن بشرط ضبطه ومعرفة مكان ما عنده أيضا لا يجوز بيعه عن غير سلم مع جهالة وعدم ضبطه  
فالخاص بل أن كله مع شرطه من الضبط يجوز بيعه بأجل ولا يجوز بيعه بأجل وكون المذكور في  
الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لما ولا أمر بخصوصهما على تقدير السلم بل حاصله أمر بتعيين  
الأجل والكيل على تقدير السلم في المكيل بيان الشرط الصحة وهو عدم الجهالة يدل عليه سياق الحديث  
وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال من  
أسلم في شيء يعني من هذه الثمار فليكن إلى أجل معلوم وفي كيل معلوم ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن  
ليفيد عدم الاقتصار على الكيل فان سبب شرعية بيع ما ليس عنده الحاجة إلى الاسترباح والتوسعة  
على المقل الرابح فأنيط بظنة ذلك من الاقدام على أخذ العاجل بالأجل واعطائه وشرط الضبط  
لدفع المنازعة والقدرة على التسليم ولذا أجعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزن للقطع بأن  
سبب شرعيته لا يختلف وهو الحاجة الماسة إلى أخذ العاجل بالأجل وهي ثابتة من القراين في  
المذروع كافي أصحاب المكيلات والموزونات يفهم ذلك كل من سمع سبب المشروعية المنقول في أثناء  
الاحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد أو لم يكن فلذا كان ثبوت السلم في المذروعات بالدلالة أعني دلالات  
النصوص المتضمنة للسبب لمن معها فان قيل في المذروعات مانع وهو أن الضبط بالذرع ودونه  
بالكيل والوزن فلا يلحق بهما فالجواب حينئذ ان قلت الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن  
فليس يصح بل الذراع المعين بضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس في الصنعة ونحن  
ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان صحيح للسلم بل لابد من ذكر الاوصاف حتى ينضبط كما أن المكيل  
أيضا لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد الكيل بل لابد أن يذكر الاوصاف معه فتأمل  
هذا التقرير فان في غيره خطأ والله أعلم (قوله) وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض  
أي يجوز السلم فيها عددا (لان العددي المتقارب مضبوط بالعدم مدة دوران التسليم فيجوز السلم فيه) عددا  
(والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) بعد أن يكون من جنس واحد لان  
التفاوت حينئذ يسير لا عبرة به ولذا لا يتابع بيضة بجاجة بفلس وأخرى بفلسين وهذا هو الضابط  
في المعدود المتقارب وهو مروي عن أبي يوسف وعليه عول المصنف أعني ان ما تفاوتت مالهته متفاوت  
كالبطيخ والقرع والمان والرؤس والأكارع والسفرجل فلا يجوز السلم في شيء منها عددا للتفاوت في  
المالية الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلط ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات  
والفراء فلا يجوز قيم الا بذكر مميزات وأجازه في الباذنجان والكاغدة عددا لاهدار التفاوت وفيه  
نظر ظاهر أو يحمل على كاغدة بقال خاص والا لا يجوز وكون الباذنجان مهدر التفاوت له في باذنجان  
ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شيء منه بالاسلام في بيض  
الدجاج والجوز الشامي والفرنج لعدم اهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت وبشرط مع العدد  
بيان الصفة أيضا فلو أسلم في بيض النعام أو جوز الهند جاز كما جاز في الآخرين وعن أبي حنيفة انه  
منعه في بيض النعام ادعاء لتفاوت أحاده في المالية وهو خلاف ظاهر الرواية والوجه أن ينظر إلى  
الغرض في عرف الناس فان كان الغرض في عرف من يبيع بيض النعام الا كل ليس غير كعرف أهل  
البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز وان كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليجوز  
في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرهما من الامصار يجب أن يعمل به هذه الرواية فلا يجوز السلم فيها

(وكذا في المعدودات المتقاربة  
وهي التي لا تتفاوت) أحادها  
(كالجوز والبيض لان العددي  
المتقارب معلوم مضبوط  
الوصف مقدور التسليم)  
فكان مناط الحكم موجودا  
كافي المذروعات (فجاز السلم  
فيه الحافا بالمكيل والموزون  
والكبير والصغير سواء  
لاصطلاح الناس على  
اهدار التفاوت) فانه قلما  
يساغ جـوز بفلس وآخر  
بفلسين وكذا لـالـبيض

(ب) بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده متفاوتا فاحشا) فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن المتفاوت تفاوت الاحاد في  
المالية دون الافواع وهذا هو المراد عن أبي يوسف رحمه الله ويؤيد ذلك ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أن السلم لا يجوز في بيع  
النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها أي في المعدودات (٣٣٧) المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز

لانه عددي لا كيلى وعنه  
أنه لا يجوز عددا أيضا لوجود  
التفاوت في الاحاد ولنا  
أن المقدار مرة يعرف  
بالعد وأخرى بالكيل فأمكن  
الضبط بهما فيكون جائزا  
وكونه معدودا باصطلاحهما  
فجاز اهداره والاصطلاح  
على كونه كيليا (قوله وكذا  
في الفلاس عددا) ذكره  
في الجامع الصغير مطلقا  
من غير ذكر خلاف لاحد  
وقيل هذا عند أبي حنيفة  
وأبي يوسف وأما عند محمد  
فلا يجوز أي لا يجوز السلم  
في الفلاس لأنها أثمان  
والسلم في الأثمان لا يجوز  
وله سبب ان الثمن في  
حق المتعاقدين ثابتة  
باصطلاحهما لعدم ولاية  
الغير عليهما فلهما بطلانها  
باصطلاحهما فإذا بطلت  
الثمن صارت ممتنا تتعين  
بالتعيين فجاز السلم وقد  
ذكرناه في باب الربا في  
مسألة بيع الفلاس  
بالفلسين ومن المشايخ من  
قال جواز السلم في الفلاس  
قول الكل وهذا القائل  
يحتاج الى الفرق لهما بين  
البيع والسلم وهو أن كون  
المسلم فيه ممتنا من ضرورة

ب) بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده متفاوتا فاحشا) فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن المتفاوت تفاوت الاحاد في  
المالية دون الافواع وهذا هو المراد عن أبي يوسف رحمه الله ويؤيد ذلك ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أن السلم لا يجوز في بيع  
النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها أي في المعدودات (٣٣٧) المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز  
لانه عددي لا كيلى وعنه  
أنه لا يجوز عددا أيضا لوجود  
التفاوت في الاحاد ولنا  
أن المقدار مرة يعرف  
بالعد وأخرى بالكيل فأمكن  
الضبط بهما فيكون جائزا  
وكونه معدودا باصطلاحهما  
فجاز اهداره والاصطلاح  
على كونه كيليا (قوله وكذا  
في الفلاس عددا) ذكره  
في الجامع الصغير مطلقا  
من غير ذكر خلاف لاحد  
وقيل هذا عند أبي حنيفة  
وأبي يوسف وأما عند محمد  
فلا يجوز أي لا يجوز السلم  
في الفلاس لأنها أثمان  
والسلم في الأثمان لا يجوز  
وله سبب ان الثمن في  
حق المتعاقدين ثابتة  
باصطلاحهما لعدم ولاية  
الغير عليهما فلهما بطلانها  
باصطلاحهما فإذا بطلت  
الثمن صارت ممتنا تتعين  
بالتعيين فجاز السلم وقد  
ذكرناه في باب الربا في  
مسألة بيع الفلاس  
بالفلسين ومن المشايخ من  
قال جواز السلم في الفلاس  
قول الكل وهذا القائل  
يحتاج الى الفرق لهما بين  
البيع والسلم وهو أن كون  
المسلم فيه ممتنا من ضرورة

بعد ذكر العدد الامع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض أو اهداره قال المصنف (وكما يجوز عددا  
في العددي المتقارب يجوز كيلا) وقال زفر لا يجوز لانه ليس بكيل بل معدود وعنه لا يجوز عددا  
أيضا للتفاوت) بين آحاده قلنا أما التفاوت فقد أهدر فلا تفاوت اذا تفاوت في مالهته وأما كونه  
معدودا فسلم لكن لم لا يجوز كيلا مع أن اعتبار المقدار ليس بالاضبط والضبط لم ينحصر في العد بل  
يتعرف بطريقتي آخر فان قيل الكيل غير معدول فيه لما بقي بين كل جورتين وبضتين من التخيل  
قلنا قد علمنا به ورضي رب السلم فاعلمنا وقوع السلم على مقدار ما يلائم هذا الكيل مع تخيله وانما يمنع ذلك  
في أموال الراباذا فقلت بغيره او المعدول ليس منها وكيلا انما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلا  
مطلقا لكونه ربويا واذا أجزأه كيلا فزنا أولى (قوله وكذا في الفلاس عددا) أي يجوز السلم  
في الفلاس عددا هكذا ذكره محمد رحمه الله في الجامع من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه  
وقيل بل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف أما عنده فلا يجوز بدليل منعه ببيع الفلاس بالفلسين في باب  
الربا لانها أثمان وهذا ما أراد المصنف من قوله ذكرناه من قبل واذا كانت أثمانا لم يجوز السلم فيها على  
ما ذكرناه وروى عنه أبو الوليث الخوارزمي أن السلم في الفلاس لا يجوز على وفق هذا التخرج لكن  
ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع والسلم ان من ضرورة السلم كون المسلم فيه ممتنا فإذا أقدم  
على السلم فقد تضمن ابطالها باصطلاحهما على الثمن ويصح السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيها به  
وهو العدم بخلاف البيع فانه يجوز ووروده على الثمن فلا موجب لخروجها فيه عن الثمن فلا يجوز  
التفاضل فامتنع بيع الفلاس بالفلسين وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير  
تخرج الرواية عنه وقولنا يصح السلم فيها على الوجه الذي الى آخره هو تقرير قول المصنف ولا يعود  
وزنيا يعني اذا بطلت ثمنها لا يلزم خروجها عن العددي الى الوزنية اذ ليس من ضرورة عدم الثمن عدم  
العددي كالجواز والبعض بل يبقى على الوجه الذي تعورف التعامل به فيها وهو العددا الآن يدره أهل  
العرف كما هو في زماننا فان الفلاس أثمان في زماننا ولا تقبل الاوزان فلا يجوز السلم فيها الاوزان  
في ديارنا في زماننا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددي في ديارنا أيضا (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان)  
دابة كان أو رقيقا وهو قول الثوري والاوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يجوز) للغير  
والنص أما المعنى (لانه يصير معلوما) أي منضبطا (بيان الجنس) كفرس أو ابل أو عبد (والسن)

جواز السلم فاقداهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فاعاد ممتنا وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع ممتنا فان  
بيع الأثمان بعضها ببعض جائزا لا قدم على البيع لا تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فبقى ثمنها كما كان وقد سبغ الواحد بالاثنتين  
(قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) وهو لا يخلو ما أن يكون مطلقا وموصوفا والاول لا يجوز بلا خلاف والثاني لا يجوز عندنا خلافا  
لشافعي رحمه الله هو بقوله يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالخنع والثني

والنوع كالبحث والعراق

(٣٢٨)

والصفة كالسمن والهزال والتفاوت بعد ذلك ساقط لقامته فأشبهه الثياب وقد ثبت

ان النبي صلى الله عليه وسلم  
أمر عمرو بن العاص ان  
يشترى بغير ابخير ين في  
تجهيز الجيش الى أجل وأنه  
عليه الصلاة والسلام  
استقرض بكسر واقتضاه  
رباعيا والسلم أقرب الى  
الجواز من الاستقراض  
ولئان بعد ذكر الاوصاف  
التي اشترطه الخصم يفي  
تفاوت فاحش في المبالغة  
باعتبار المعاني الباطنة فقد  
يكون فرسان متساويان في  
الاصواف المدكورة ويزيد  
عن احدهما زيادة فاحشة  
للمعاني الباطنة فيفضي الى  
المنازعة المناقيسة لوضع  
الاسباب بخلاف الثياب  
لانه مصنوع العباد فقلما  
يتفاوت تفاوتاً فاحشاً بعد  
ذكر الاوصاف وشراء البعير  
بغير ين كان قبل نزول  
اية الربا وكان في دار الحرب  
ولاربا بين الحربى والمسلم  
فيها وتجهيز الجيش وان  
كان في دار الاسلام فنقل  
الات كان من دار  
الحرب لعزمت في دار الاسلام  
بومشذ ولم يكن القرض  
تأثبات في ذمة رسول الله صلى  
الله عليه وسلم بدليل أنه  
قضاه من ابل الصدقة  
والصدقة حرام عليه فكيف  
يجوز أن يفعل ذلك

(قوله فنقل الات كان  
من دار الحرب الخ) أقول  
يعنى الات المهمة في  
تجهيز جيش الاسلام من الخيل والجمال وغيرها فكان الامر لغير شراءها منهم

والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك ساقط لقامته فأشبهه الثياب ولئانه بعد ذلك كرماد كريق في فيه تفاوت  
فاحش في المبالغة باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما  
يتفاوت الثوبان اذا نسج على منوال واحد

كان مخاض أو عشار (والنوع) كعربي وبختي وحشي (والصفة) كأجر وأسمر وطويل أو ربة  
(والنوع والتفاوت بعد ذلك يسير) وهو مغتفر بالاجماع والالم يصح سلم أصلاً فان الغائب لو بلغ في تعريفه  
النهاية لا بد من تفاوت بينه وبين المرقى فان بين جسد وجسد من الحنطة تفاوت ولا يخفى وان صدق اسم  
الجودة على كل منهما وكذا بين ثوب ديباج أحر وثوب ديباج أحر فعلم أن التفاوت اليسير مغتفر شرعاً  
فصار الحيوان كالثياب والمكيل وأما النص فماروى أبو داود عن محمد بن اسحق عن يزيد بن أبي حبيب  
عن مسلم بن حبيب عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى  
عليه وسلم أمره أن يجهز جيشاً فنقلت الابل فأمره أن يأخذ على قلائص الصدقة وكان يأخذ البعير  
بالبعير بن ابل الصدقة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وأخرج الطحاوي بسنده الى  
أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استساف من رجل بكراف فقدت عليه ابل من ابل الصدقة  
فأمره أن يرفع ان يقضى للرجل بكرة فرجع اليه أبو رافع فقال لم أجد فيها الا جلاخياراً رباعياً فقال أعطه  
اياه ان من خيار الناس أحسنهم قضاء فدل على ثبوت الحيوان في الذمة وعن ابن عمر أنه اشترى راحلة  
بأربعة أبعرة فوفى صاحبها بالبعة وفي رواية بأربعة أبعرة مضمونة واستوصف بنوا اسرائيل البقرة  
فوصفها الله تعالى لهم فعلموها بالوصف وقال صلى الله عليه وسلم الا يصف الرجل الرجل بين يدي  
أمر أنه حتى كأنها تنظر اليه ولا تصف المرأة المرأة بين يدي زوجها حتى كأنها ينظر اليها فاجعل  
الموصوف كلثري وقد أثبت الشرع الغرة ومائة من الابل دية في الذمة وأثبت مهر في الذمة وصحة  
الدعوى بالحيوان الموصوف والشهادة مع أن شرط الدعوى والشهادة كون المدعي والمشهدونه  
معلوماً قلنا اما المعنى فيمنع ان بعد الوصف في الحيوان يصير التفاوت يسيراً بل هو بعد ذلك مما يصير معه  
تفاوت فاحش فان العبد من المتساويين سناولونا وجنسا يكون بينهما من التفاوت في حسن الشبهة  
والاخلاق والادب وفهم المقاصد ما يصير باضعاف قيمة الآخر وكذا بين الفرسين والجلدين (بخلاف  
الثياب) فانها مصنوعة العبد بالة خاصة فاذا اتحدت لم تتفاوت الا يسيراً وكذا بين الحديد من الحنطة  
مثلاً باتفاق خلق الله تعالى في غير الحيوان ذلك ولم يخلق الله تعالى الحيوان كذلك وقول المصنف رحمه  
الله (قلما يتفاوت الثوبان اذا نسج على منوال واحد) يريد أنهم ما يتفاوتان قليلاً لعدم التفاوت  
أصلاً كما هو استعمال فلما كان هذا الفعل أعنى قل اذا كف بما استعمل للنفي كقوله وقلما وصال على  
طول الصدود وديوم وحين علمنا انه أراد قلة التفاوت وجب أن تجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت ولا  
يخفى ما في قول غير واحد من الشارحين اذا اتحد الصانع والالة اتحد المصنوع من التساهل وأما  
النص المذكور فقال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد فرواه حماد بن سلمة هكذا ورواه  
جرير بن حازم عن ابن اسحق فأسقط يزيد بن أبي حبيب وقدم أباسقيان على مسلم بن حبيب ذكر هذه  
الرواية الدارقطني ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه عن ابن اسحق عن يزيد بن أبي حبيب عن أبي  
حبيب عن مسلم عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش ورواه عبد الاعلى عن ابن اسحق عن أبي سفيان  
عن مسلم بن كثير عن عمرو بن حريش ورواه عن عبد الاعلى أبو بكر بن أبي شيبة فأسقط يزيد بن أبي حبيب  
وقدم أباسقيان كما فعل جرير بن حازم الا أنه قال في مسلم بن حبيب مسلم بن كثير ومع هذا الاضطراب فعرو  
ابن حريش مجهول الحال ومسلم بن حبيب لم أجده ذكره ولا أعلمه في غير هذا الاسناد وأبوسفيان فيه نظر  
انتهى كلامه فلا حجة فيه مع انه معارض بما هو أقوى منه وهو ما أخرجه ابن حبان في صحيحه عن

في العصافير والحمامات التي  
تؤكل وأن السلم فيها لا يجوز  
أن يكون عندكم وتقريره  
أن عدم جواز السلم في  
الحيوان ليس لكونه غير  
مضبوط فانه يجوز في الديباج  
دون العصافير ولعل ضبط  
العصافير بالوصف أهون  
من ضبط الديباج بل هو  
ثابت بالسنة لا يقال النهي  
عن الحيوان المطلق عني  
الوصف والتمنازع فيه هو  
الموصوف منه فلا يتصل  
بمحل النزاع لأن محمد بن  
الحسن ذكر في أول كتاب  
المضاربة أن ابن مسعود  
رضي الله عنه دفع مالا  
مضاربة إلى زيد بن خليفة  
فأسلمها زيد إلى عتريس  
ابن عرقوب في قلائص  
معاومة فقال ابن مسعود  
أردمنا لا تسلم أموالنا وهو  
دليل على أن المنع لم يكن  
لكونه مطلقا لأن القلائص  
كانت معاومة فكان لكونه  
حيوانا لا يقال في كلام  
المصنف تسامح لأن الدليل  
المذكور بقوله ولنا  
منقوض بالعصافير لأن  
ذكر ذلك لم يكن من حيث  
الاستدلال على المطلوب  
بل من حيث جواب الخصم  
وأما الدليل على ذلك فهو  
السنة

وقد صرح أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى  
العصافير

سفيان عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن  
بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ورواه عبد الرزاق حدثنا معمر به وكذا رواه الدارقطني والبخاري قال الزار  
ليس في الباب أجل اسناد من هذا وقول البيهقي انه عن عكرمة مرسل بسبب أن منهم من رواه عن معمر  
كذلك كانه هو مبنى قول الشافعي رحمه الله أن حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت  
لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كذا كرنا وكذا رواه الطبراني في معجمه عن داود بن  
عبد الرحمن الطبراني عن معمر به مسندا وغاية ما فيه تعارض الوصل والارسال من الثقات والحكم فيه الوصل  
كما عرف وقد تأيد بعد تصحيحه بأحاديث من طرق منها ما أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن الحسن عن  
سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقول البيهقي أكثر الحفاظ  
لا يثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذي له فانه فرع القول بسماعه منه مع أن الارسال  
عندنا وعند أكثر السلف لا يقدح مع أنه قد يكون شاهدا مقويا فلا يضره الارسال وأيضا اعتضد  
بالوصول السابق أو المرسل الذي يرويه من ليس يروي عن رجال الآخر وحديث آخر أخرجه الترمذي  
عن الجراح بن ارطاة عن أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنين بواحد  
لا يصلح نساء ولا بأس به يدا بيد قال الترمذي حديث حسن كانه للخلاف في الجراح بن ارطاة وحديث آخر  
أخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سواء وقول البخاري مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه آنفا وتضعيف  
ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر لذلك أيضا مع أنه ليس كذلك وأخرج الامام أحمد حدثنا حسان بن محمد  
حدثنا خلف بن خليفة عن أبي خباب عن أبيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم  
لا تبعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس  
بالافراس والخبيجة بالابل قال لا بأس اذا كان يدا بيد وحمل هذا الحديث على كون النهي فيما اذا  
كان النساء من الجانبين حتى يكون بيع الكالئ بالكالئ تقييد لا عم فانه أعم من ذلك فلا يجوز المصير  
اليه بالاموجب وقال المصنف رحمه الله (صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان)  
هو ما أخرجه الحاكم والدارقطني عن اسحق بن ابراهيم بن جوف حدثنا عبد الملك الذماري حدثنا  
سفيان الثوري عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى  
عن السلم في الحيوان وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتضعيف ابن معين بن جوف فيه نظر بعد تعدد  
ما ذكر من الطرق الصحيحة والحسان مما هو بمعناه يرفعه إلى الخبيجة بمعناه لما عرف في فن الحديث وكذا  
يجب أن يرجع على حديث أبي رافع أن صح لانه أقوى سنداً أعني حديث ابن جابر ولأن المانع يرجع  
على المبيع وفي الباب أثر أبي خنيفة عن جابر بن أبي سليمان عن ابراهيم التيمي قال دفع عبد الله بن  
مسعود إلى زيد بن خويلد البكري ما لمضاربة فأسلم زيد إلى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص  
فلما حلت أخذ بعضا وبقي بعض فأعسر عتريس وبلغه أن المال لعبد الله فأنابه يسترفقه فقال عبد الله  
أفعل زيد فقال نعم فأرسل اليه فسأله فقال عبد الله أردتما أخذت وخذ رأس مالك ولا تسلمن ما لنا في شيء  
من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع يزيد بن ابراهيم وعبد الله فانه اغماري عنه بواسطة علقمة  
أو الاسود لأن هذا غير قاض عندنا خصوصا من ارسال ابراهيم فقد تعارضت الأحاديث والطرق عن  
ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المطلوب وما ذكره من معرفة البقرة  
بالوصف فانما ذكر الله لهم أوصافا ظاهرة ليطبقوها على معين موهود ولا شك في أن هذا مما تحصل به

(قوله لا يقال في كلام المصنف  
تسامح) أقول يعني في

قال (ولا في أطرافه كالرؤس والأكارع) للتفاوت فيها أذهو عددي متفاوت لا مقدر لها قال (ولا في الجلود عددا)

المعرفة وكلامنا في أنه ينتفي معه التفاوت الفاحش مطلقا معناه وأما منعه صلى الله عليه وسلم وصف الرجل الحديث فللمقوق الفتنة على السامع وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص وأما ثبوته في الذمة في المهر والدية ونحوهما فلا أن الحيوان فيه ليس مقابلا بمال وهو ظاهر فتجري فيه المساهلة بخلاف ما قبل بحال فإنه تجرى فيه المشاحة بخبرنا على موجب ذلك وقلنا ما وقع من الحيوان بدل مال كالمبيع منه لا يجوز أن يثبت في الذمة لما يجري فيه من المشاحة عادة بخلاف غيره كالمهر وما معه فإنه ليس عوضا عن مال خرج من يده لا آخر فيجوز فعلنا بالآثار فيه ما ولفا أن يقول كون التفاوت بعد الأوصاف يبقى فاحشا لا يضر لأن ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم إليه سوى ما تضمن ما ذكر من الأوصاف الظاهرة فإذا انطبق المذكور منها على ما يؤديه المسلم إليه حكم عليه بقبوله سواء كان التفاوت قليلا بسبب الباطن أو كثيرا لأن المعقود عليه ليس إلا الموصوف فقط نعم لو عين من الأوصاف المذكورة وجوده الفهم والاختلاق الحسنة ينبغي أنه لا يجوز لأن ذلك لا يعرف إلا بعد زمان الاختبار وبعد تجرى المنازعة في أن أخلاقه ما هي وفي تجريها فالمرغ في إبطال السلم في الحيوان ليس إلا السنة وهكذا قال محمد بن الحسن لمأسأله عروبن أبي عمرو قال قلت له إننا لا يجوز في الحيوان لأنه غير مضبوط بالوصف قال لا لأننا نجوز السلم في الدبابيح ولا يجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الدبابيح ولكنه بالسنة وفي مضبوط شيخ الإسلام والعصافير وإن كانت من العديديات المتقاربة لكنه في معنى المنقطع لأنه مما لا يقتنى ولا يحبس للتوادل ولا يتيسر أخذه ولا رجحان أخذه بيقام مقام الموجود بخلاف السمك الطرى لرجحان إمكان أخذه وهذا يقتضى جواز السلم فيما يقتنى منها كالحمام والقرى وهو خلاف المنصوص عن محمد وقدرى عن أبي يوسف أن ما لا تتفاوت أحاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفي لحومها وهو مشكل على الدليل لأننا نعلمنا بعدم الضبط فالعبرة لعين النص للمعنى النص وإن اعتبرنا عمومها وجب أن لا يجوز فإن قيل فالسمك الطرى مخصوص من عموم الحيوان فجاز في العصافير قياسا على الثياب بقوله التفاوت قلنا إن غاية ما لو شرط حياة السمك الطرى في السلم فيه وليس كذلك بل كيفما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا أن نمنع صحة السلم فيه (قوله ولا في أطرافه) أى لا يجوز السلم في أطراف الحيوان (كالرؤس والأكارع) وهو جمع كراع وهو مادون الركبة في الدواب قبل المانع مبنى على منع السلم في الحيوان وهذه أبعاضه وليس بشئ لأنها لا يصدق عليها الحيوان إن كان النهى تعبدا ولا المعنى إن كان معلولا بالتفاوت الفاحش لأن ذلك إنما يكون في حالة الحياة وكان يلزم أن لا يجوز في الجلود لكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة ولذا يجوز السلم في الجلود وزنا والمصنف إنما ذكر في منعه أنما عديدية متفاوتة ولا مقدر لها فامتنع السلم عددا وغير عددا لاتقاء المقدر وعندى لأبأس بالسلم في الرؤس والأكارع وزنا بعدد كرات النوع وباقي الشروط فإن الأكارع والرؤس من جنس واحد حينئذ لا تتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك يجوز عددا بعدد كرات النوع خلفه التفاوت جيد لكن يزاد أن الرؤس بمجايل أو بقار كبار ونحوه في الغنم فإن التفاوت بعد ذلك يسير (لا في الجلود عددا) وكذا الأخشاب والحوالقات والقرعاء والسياب الخميطة والخفاف والقلانس الآن يذكّر العدد لقصد التعدد في السلم فيه ضبط الكمية ثم يذكّر ما يقع به الضبط كان يذكّر في الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم وكذا في الأديم بأن يقول طائفي أو برغالي وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كسنت أو حور ونحوه وقول بعضهم يجوز في الكاغذ عددا محمول على ما بعد تسمية طوله وعرضه ونخشه ورقسه ونوعه الآن يعني ذكر نسبته عن قدره كورق حموى وفي الجوالين طوله

قال (ولا في أطرافه كالرؤس والأكارع) والكرع مادون الركبة من الدواب والأكارع جعله لأنه عددي متفاوت لا مقدر له ولا في جلوده لأنها اتباع عددا وهي عديدة فيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها إلى المنازعة ولا يتوهم أنه يجوز وزنا القيد عددا لأن معناه أنه عددي بحيث لم يجوز عددا لم يجوز وزنا بطريق الأولى لأنه لا يوزن عادة وذكّر في الذخيرة أنه إن بين للجلود ضرر بامعلاها يجوز وذلك لاتقاء المنازعة حينئذ

(ولا في الخطب حزما) لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك حاز كذا في المسوط ولا في الرطبة جزا بضم الجيم بعدها راء مفتوحة وزاي وهي القبضة من الفت ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما يشد به الحزمة انه شبر أو ذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا) وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة أقسام فسمه عقلية حاصرة وذلك لانه اما أن يكون موجودا من حين العقد الى الحبل أو ليس بموجود أصلا أو موجودا عند العقد قد دون المحل أو بالعكس أو موجودا فيما بينهما أو معدوما فيما بينهما أو الاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد (١٣٣)

خلاف المالك والشافعي له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يسدو صلاحها وهو حجة على الشافعي فانه عليه الصلاة والسلام شرط الصحة وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما تكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل لئلا يتمكن من التحصيل والمنقطع وهو ما لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب وهذا حجة عليهما واعتراض بأنه اذا كان عند العقد موجودا كفي مؤنة الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدورا للتسليم فلان مانع عن الجواز وأجيب بأن القدرة انما تكون موجودة اذا كان العاقد باقيا الى ذلك الوقت حتى

ولا في الخطب حزما ولا في الرطبة جزا) للتفاوت فيها الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين الحبل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو على العكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يسدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل لئلا يتمكن من التحصيل

ووسعه وكذا كل ما كان مزالا عن غيره قاطعا للاشتراك (و) كذا (لا) يجوز (في) الخطب حزما ولا في الرطبة جزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان لا يتفاوت وليس المعنى أن لا يجوز السلم فيها أصلا بل لا يجوز بهذا العقد ولو قدر بالوزن في الكل جاز وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الخطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو أصب وأطيب وكون العرف في شيء من بعض المقدرات لا يمنع ان يتعامل فيه بقدر آخر يصطلحان عليه الا أن يمنع منه مانع شرعي كما قلنا في البيض كالأوعنة كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزنا بخلاف ما اذا قبل نحو الحنطة بجنسها وزنا وهو كيلي لما عرف في باب الربا ما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان رأس مال السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد رضى بالضبط وزنا كي لا يصير تفاوت الحنطتين المتحدتين الوزن كيلا يوجب هذا تضعف رواية الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجوز في الحنطة وزنا وذكر قاضي خان أن الفتوى على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم في الفت وزنا والرطبة القصب والجز بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع حزمة وهي الحزمة من الرطبة كحزمة الريحان ومحموه وأما الجز بكسر الجيم وزاين أولهما مفتوحة فجمع حزمة وهي الصوف المجزوز (قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل) بكسر الحاء مصدر ممي من الحاصل (حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو على العكس أو منقطعا فيما بين ذلك) وهو موجود عند العقد والمحل (لا يجوز) وهو قول الاوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد وأصحابي (اذا كان موجودا عند المحل جاز) وان كان منقطعا وقت العقد أو بينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشترط في غير ذلك بلا موجب بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لان نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي وله هم أيضا اطلاق الحديث المتقدم أعني أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في الثمر السنة والستين والثلاث فأفاض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فلا كان عدم الانقطاع شرطاً لبينه وحين لم يبينه لم يثبت بل لزم انه ليس شرطاً بسكوته عنه بعد شرطه في

لومات كان وقت وجوب التسليم عقيبه وفي ذلك شك ورد بان الحياة ثابتة فتبقى وأجيب بأن عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فبقي فان قيل بقاء الكمال في النصاب ليس بشرط في أثناء الحلول فليكن وجود المسلم فيه كذلك أجيب بأن وجوده كالتصايب وجوده لا ككامله ووجوده شرط فوجود المسلم فيه كذلك

(قوله وهذا ينقسم الى ستة أقسام الخ) أقول بل الى ثمانية أقسام والقسمان الاخيران أن يكون موجودا عند العقد ومابعد دون المحل وان يكون موجودا عند المحل ومابعد دون وقت العقد الا أنهما مندرجان في قوله عند العقد دون المحل أو بالعكس (قوله فليكن وجود المسلم فيه) أقول فيه تأمل

(ولو انقطع بعد المحل قرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده) لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كباقي المبيع قبل القبض

بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله قلنا بل فيه مدرك شرعي وهو ما رواه أبو داود وابن ماجه واللفظه عن أبي اسحق عن رجل نجراني قلت لعبد الله بن عمر أسلم في نخل قبل أن تطلع قال لا قلت لم قال لان رجلا أسلم في حديقة نخل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئا ذلك العلم فقال المشتري أو خرك حتى تطلع فقال البائع انما النخل هذه السنة فاختصم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للبائع أخذ من نخلك شيئا قال لا قال ثم تستحل ماله اردد عليه ما أخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه وجه الدلالة انه لا يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح انه يبيع ثمرة قبل بدو صلاحها وفيه مجهول كما رأيت والحديث المعروف وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وفيه يكون متناولا للنهي ويدل عليه ما أخرج البخاري عن أبي البختري قال سألت ابن عمر عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن بيع الورق نساء بن جبر وسألت ابن عباس رضي الله عنهما عن السلم في النخل فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يؤكل منه فقد ثبت عن هذين الصحابين الكبيرين في العلم والتبعية انهما فاهمان منهيه عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم فقد دل الحديث على اشتراط وجوده وقت العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم وأما لزوم وجوده بينهما فأما لعدم القائل بالفصل لان الثابت فائلا لان فائلا باشتراطه عند المحل فقط وقائل عندهما وفيما بينهما فالقول باشتراطه عندهما لا غير احداث قول ثالث أو تقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع أن الاداء يتأخر عنه فلا يضطر اليه عنده بأن اشتراطه للقدرة على التسليم ظاهر لان الظاهر استمرار الوجود والاستمرار يتمكن من التحصيل فان أخذ السلم مظنة العدم وبالأخذ بذلك مظنة التحصيل شيئا فشيئا في مدة الاجل وباعتبار المظنة تناسل الاحكام فلا يلتفت الى كون بعض من يسلم اليه قد يحصله دفعة عند حلول الاجل كالذراع وأهل النخل فان ما يسلم فيه لا يحصى وأكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات أرأيت المسلم اليه في الجلود أيدفع عند حلول الاجل الفراء رأسا ليعطى جلودها رب السلم وكذا الاسماك المألحة والطياب والاشباب والاحطاب والاعمال والمشاهد في بعض من له نخل أو زيتون أن يأخذ أكثر مما يحصل له ليعطى ما يخرج له ويشتري الباقي وكثير يأخذون ليسر بجواف رأس المال وينفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويحصلوا المسلم فيه قليلا قليلا لان وضع السلم لم شرعا لاعتبار ظن ماذكرنا فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد ثم الانقطاع الذي يفسد العقدان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره أبو بكر الثلجي وتواردوا عليه وفي مبسوط أبي الليث لو انقطع في اقليم دون اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد لانه لا يتحصل الا بشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو أسلم في الرطب بخاري لا يجوز وان كان بسجستان (ولو انقطع بعد المحل) أي حلول الاجل قبل التسليم لا يبطل العقد (لكن رب السلم بالخيار ان شاء فسخ وان شاء انتظر وجوده) وقال زفر يبطل العقد وهو قول الشافعي ورواية عن الكرخي للعجز عن التسليم قبل القبض فصار كالمهلك المبيع قبل القبض في المبيع المعين فان الشيء كما لا يثبت في غير محله لا يبقى عند فواته كما لو اشترى بفلس ثم كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذا هنا ولنا (أن السلم قد صح) ثم تعذر التسليم بغاوض (عن شرف الزوال) فيخير المشتري (كما لو أتى المبيع قبل القبض) وهذا لان المعقود عليه هنادين ومحل الدين النعمة وهي باقية فيبقى الدين بقاء محله وانما أخر التسليم اذا كان وجوده مرجوا بخلاف المبيع المعين فان بهلا كه يفوت محل العقد وكذا الفلوس اذا كسدت فانها وان كانت في النعمة لكن الثمن السكك

(قوله ولو انقطع بعد المحل) يعني أسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله ورب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده (لان السلم قد صح) والعجز عن التسليم طارئ على شرف الزوال فصار كباقي المبيع قبل القبض في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم فان المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة وهو باق ببقائها كالعبد الا ببقاؤه في قوله والعجز الطارئ على شرف الزوال اشارة الى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا ووجهه أن العجز عن التسليم اذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسدا

أن يكون في المالح أو الطري  
فان كان في المالح جاز في  
ضرب معلوم ووزن معلوم  
لكونه مضبوط القدر  
والوصف مقدور التسليم  
لعدم انقطاعه وان كان  
في الطري ان كان في حينه  
جاز كذلك وان كان في غير  
حينه لم يجوز لكونه غير  
مقدور التسليم حتى لو كان  
في بلد لا يتقطع جاز وروى  
عن أبي حنيفة انه لا يجوز في  
لحم الكبار التي تقطع  
اعتبارا بالسلم في اللحم في  
الاختلاف بالسمن والهزال  
ووجه الرواية الاخرى ان  
السمن والهزال ليس بظاهر  
فيه فصار كالصغار قيل يقال  
سمك ملج وملوح ولا يقال  
مالح الا في لغة رديئة وهو  
المقدد الذي فيه ملح ولا  
معتبر بقول الرازي  
بصريه تزوجت بصريا \*  
يطعمها المالح والطريا  
لانه مولد لا يؤخذ بلغته  
قال الامام الزنوني كفي  
بذلك حجة للفقهاء قال (ولا  
خير في السلم في اللحم) خير  
نكرة وقعت في سياق النفي  
فتفيد نفي أنواع الخير بعمومه  
ومعناه لا يجوز على وجهه  
المبالغة قال أبو حنيفة  
لا يجوز السلم في اللحم وقال  
اذا وصف منه موضع  
معلوما بصفة معلومة جاز  
لكونه موزنا معلوما  
كسائر الموزونات ولهذا  
يجوز ضمانه بالمثل واستقرضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل

قال (ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور  
التسليم اذ هو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عددا) للتفاوت قال (ولا خير في السلم في السمك الطري  
الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه يتقطع في زمان الشاة حتى لو كان في بلد لا يتقطع يجوز  
مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي  
تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عند أبي حنيفة قال (ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله  
وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن  
بالمثل ويجوز استقرضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل

فيما قالوا هي أثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت المحل ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر  
استمراره في الوجود بخلاف ما نحن فيه لان الادراك الزرع والثمار وانما معلوما وكذلك غيرها أو ان يكثر  
وجودها فيه من السنة برخص (قوله ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما)  
بأن يقول يورى أو راي وفي أسماك الاسكندرية الشفش والدونس وغيرها (لانه) حيثئذ معلوم  
القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت في التحفة وأما الصغار فيجوز  
فيه كيلا ووزنا سواء فيه الطري والمالح وفي المغرب سمك ملج وملوح وهو المقدد الذي فيه الملح ولا  
يقال مالح الا في لغة رديئة قال بعض الشارحين لكن قال الشاعر

بصريه تزوجت بصريا \* أطعمها المالح والطريا

ثم نقل عن بعض المشايخ وكفي بذلك حجة للفقهاء وظاهر هذا الاستدراك انه ليس برديء ولم يجز سوى  
هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب الا في لغة رديئة وليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دريد  
ملح وملج ولا يلتفت الى قول الرازي \* أطعمها المالح والطريا \* ذلك مولد لا يؤخذ بلغته وأما  
الطري فيجوز زحبن وجوده وزنا أيضا فاذا كان يتقطع في بعض السنة كما قيل انه يتقطع في الشتاء في  
بعض البلاد فلا ينعقد في الشتاء ولو أسلم في الصيف وجب أن يكون منتهى الاجل لا يبلغ الشتاء  
وهذا معنى قول محمد لا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه يعني أن يكون السلم مع شروطه في  
حينه كي لا يتقطع بين العقد والحلول وان كان في بلد لا يتقطع جاز مطلقا وزنا لا عددا لما ذكرنا من  
التفاوت في أحاده وعن أبي حنيفة في الكبار التي تقطع كما تقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتبارا  
بالسلم في اللحم فانه يمنع السلم في اللحم وعن أبي يوسف منع السلم في الكبار وزنا مع اجازته في اللحم فان  
هناك يمكن اعلام موضع القطع الجنب أو الظهر أو الفخذ ولا يأتى في السمك ذلك وطعن بعضهم على  
محمد في قوله في حينه لان الاصطيد يتحقق في كل حين مدفوع فان الانقطاع عدم الوجود في بعض  
البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطيد ليرد ما ذكره (قوله ولا خير في السلم في اللحم) وهذه  
العبارة تاء كيد في نفي الجواز كقوله لا خير في استقراض الخبز وقول من قال ان المجتهد يقول فيما  
يستخرج من الحكم بالرأى تجوز اذن القطع في حكم الله تعالى بالرأى بعيد فكل الاحكام القياسية  
المظنونة معبر عنها في الفقه بلا يجوز كذا أو يجوز كذا وكلاهما من هذا القبيل لانه قد استقر عند أهل  
العلم أنهم مظنونون لا مقطوعان وأيضا المجتهد قاطع بأن حكم الله في حقه ذلك (وقالا اذا وصف من  
اللحم موضعا معلوما بصفة) ككونه ذكرا أو خصيا وسمينا بعد ان بين جنسه من نحو الضأن وسنه ثني ومن  
الفخذ أو الكتف أو الجنب مائة رطل وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من  
ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لاختلاف فنع أبي حنيفة فيما اذا أطلق السلم في اللحم وقولهما اذا بينا ما ذكرنا  
ووجهه انه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف وقوله ولهذا يضمن بالمثل استدلال  
على كونه موزونا وكذا كونه مضمونا بالمثل جائزا للاستقراض وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في

فإن قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم أجاب بقوله لأنه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير إلى أن عدم الجواز فيه متفق عليه وفي تعليقه تأمل لأنه إن لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بأن يسلم في لحم الدجاج مثلاً يبين سمته وهزاله وسنه ومقداره ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور (٣٣٤) على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوادف يكون البطان بسبب أنه أسلم في المنقطع

والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقاً وإن ذكر الوزن فاما فيما يقتضى ويحبس للتوادف يجوز عند الكل لأن ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا يقوى وجهه التأمل ولا يبي حنيقة طريقان أحدهما أن اللحم يشتمل على ماهو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم في تفاوت ماهو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود ألا ترى أنه تجرى المما كسة بين البائع والمشتري في ذلك بالدليس والسترع فكان المقصود مجهولاً جهالة تقتضى إلى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضى جوازه في منزوع العظم وهو مختار محمد بن الشجاع والثاني أن اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبغلة الكلا وكثرته والسلم لا يكون الاموجلاً ولا يدري أنه عند المحل على أى صفة يكون وهذا جهالة مفقضة إلى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضى عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الأصح (قوله والتضمين بالمثل)

بخلاف لحم الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه وله أنه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته أو في سمته وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفقضة إلى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الأصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة ولأن القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته أما الوصف فلا يكتفى به سائر الاقطار قاطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لأنه إذا سمى موضعاً ومعلوم أنه فيه عظم كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم ولأنه ثابت بأصل الخلقة كالنوى في الثمر ولذا جاز السلم في الألية مع أنها لا تخلو من عظم والسلم فيها وفي السمك بالإجماع (بخلاف لحم الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه) لأن عضو الطير صغير وهذا ظاهر في منعه مطلقاً وحاصل الكلام فيه أن ما لا يصاد من الطيور لا يجوز السلم فيه ولا في لحمه وما صيد قليل هو على الخلاف عندهما يجوز وعند لا يجوز وقيل يجوز وعند الكل لأن ما فيه من العظم لا يعتبر بالناس وهو الصحيح فيجب أن يكون محمل ما في الكتاب من المنع مطلقاً في مخلوع العظم فإن العلة حينئذ ثابتة ثم يجب أنه إذا أسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلاً لأن يعين الموضع بعد كونه بعظم فإن من الناس من لا يحب الصدر منها فيقول أورا كما وغير الصدر أو ينص على صدرها وأورا كلها فإن أطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب أن لا يجوز المنازعة بسبب ما ذكرنا لاختلاف أغراض الناس ولا يبي حنيقة رضي الله عنه وجهان أحدهما أنه يقع سلماً في الجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فإن مضمونه من العظم قليل معلوم أهله بين الناس ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره وقولهما إذا سمى موضعاً كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم قلت للشاهد في بيع اللحم حالاً بعظمه جريان المما كسة بين البائع والمشتري في العظم حتى أن المشتري يستكرهه فيأمره بزع بعضه والجزر يدهسه عليه فكيف في المؤجل المستأخر التسليم وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه فانهما أنه يختلف بحسب الفصول سمناً وهزالاً فلا يسمى السمين قديكون انتهاء الاجل في فصل الهزال وحاصل هذا الوجه أنه سلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابن شجاع عنه قال المصنف (وهو الأصح) لأن الحكم المعلل بعلمين مستقلين ثبت مع أحدهما كما ثبت معهما وقولهما يضمن بالمثل ممنوع عمداً كفي باب الاستحقاق من الجامع الكبير فيمن غصب لحماً فشتواه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان الغصب وللمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم قيل ولا توجد رواية بأنه من ذوات القيم الا هنام الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى أنه رأى وسط غصب المتنقي أن أبا يوسف روى عن أبي حنيفة إذا استهلك الحما قال عليه قيمته وحل عبارة المصنف (أن القبض) أى قبض اللحم القرض (يعاين فيعرف مثله) أى بالمقبوض أما السلم فليس فيه مقبوض معاين بل مجرد وصف فلا يكتفى به إلى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزناً أيضاً ممنوع بل ذلك مذهبهما وبعد التسليم أى تسليم ان ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الاسيحياني أنه يضمن بالمثل إلا أن يقطع من أيدي الناس وهو الوجه لأن جرياناً بالفضل فيه قاطع بأنه متى ففرق بين الضمان والسلم بأن المعادلة في الضمان متصوص عليها وتعام المعادلة بالمثل لأنه مثل صورة ومعنى أما القيمة فمثل معنى فقط لأن الموجب الاصل رد العين والمثل أقرب إلى العين بخلاف القيمة وكذا بتقدير تسليم استقراضه فالفرق بين

السلم جواب عن قولهما وهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة لأن فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض يعاين يعنى أن الاستقراض حال فيعرف حال مثل المقبوض ولا تقتضى الجهالة إلى المنازعة والسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به

قال (ولا يجوز السلم الأموجلا) السلم الحال لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى استدلالاً باطلاق رخص في السلم لا يقال مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم لما تذكروا لنا قوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم شرط لجواز السلم اطلاقاً كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد سلماً أموجلاً فليسلم الى أجل معلوم وبه نقول والمصرح بمنوع وجبت فيبقى مقيداً فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم (٣٣٥) ان كان كيلاً ووزن معلوم ان كان

قال (ولا يجوز السلم الأموجلا) وقال الشافعي رحمه الله يجوز حالاً لا باطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم فيما رويناه ولا نه شرع رخصة دفع الحاجة المفايس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فبقى على الثاني

السلم والقرض أن القبض في القرض معين محسوس فأمكن اعتبار المقبوض ثانياً بالاول أما السلم فأنما يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقة للوجود عند القبض بمعرفة مطابقة بعد رؤية المقبوض الموجب للثقل وهذا معنى قوله أما الوصف فلا يكتفي به أي لا يكتفي بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض أولاً والمقبوض ثانياً ولما أهدر الشارع في باب الربا تكون الجودة فارقت الرابين لمجي نوع متفاضلا وان اختلف موضعهما كلمهم فخذ مع لهم ضلع (قوله ولا يجوز السلم الأموجلا) وهو مذهب مالك وأحمد رحمهما الله (وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحال) بان يقول مثلاً أسلمت هذه العشرة في كرخطة صفقتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر (لاطلاق النص) وهو قوله (ورخص في السلم) والظاهر أنهم لا يدعون به لانهم أهل حديث وهذا لا يثبت الا من كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه وربما استدلو على نفيه بأنه لو شرط الاجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من حال العقائد أنه لا يلزم تسليم ما لا يقدر عليه والقرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادراً حقيقة فقد ثبتت قدرته بما يدخل في يده من رأس المال ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال بخلاف الكتابة الحالية فان العبد يخرج بالكتابة من يدمولاه من غير أن يدخل في ملكه شيء فلا يصير قادراً على تسليم بدل الكتابة وأما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فليس معناه الامر بالتأجيل في السلم فيمنع الحال بل معناه من أسلم في مكيل فليسلم في مكيل معلوم أو في موزون فليسلم في موزون معلوم أو الى أجل فليكن الى أجل معلوم لانه لو لم يكن كذلك لكان أيضاً أمراً بان يكون السلم في مكيل أو موزون فلم يجز في المعدود والمذروع لان التسقي في الفصول الثلاثة واحد ونحن نقول لاشك ان أهل الاجماع قاطبة في اخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص للمفايس المحتاجين الى نفقة عاجلة قادرين على البدل بقدرة آجلة فلا يتحقق محل الرخصة الا مع ذكر الاجل فلا يجوز في غيره وكونه قادراً حال العقد لم يتحقق المبيع في حقه ولما كان جوازه للحاجة وهي باطنة أبيض بأمر ظاهر كما هو المستمر في قواعد الشرع كالسفر للشقة ونحوه وهو ذكر الاجل فلم يلتفت بعد ذلك الى كون المبيع معدوماً عند المسلم اليه حقيقة أو موجوداً قادراً عليه فقول المصنف (ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص) معناه لو لم يذ كر الاجل والله تعالى أعلم وقولهم الفرقي

وزناً فيقدر الى أجل معلوم ان كان أموجلاً فالجواب أن قضية العقل كفت مؤنة التميز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحصيل المذود لضرورة تحمله لا لضرورة ولا ضرورة في التقدير في الاجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فيتحتمل التقدير لأجله لان قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال على أن سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل فليتنامل ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفايس اذا القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الانسان وما شرع لذلك لا بد وان ثبت على وجه يدفع به حاجة المفايس والالم يكن مفيداً لما شرع له والسلم الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه فيه اما أن يكون قادراً على التسليم في الحال أو لا فان كان

الاول فلا حاجة فلا دفع فلا مرخص فبقى على الثاني وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل فيسلم والا لادى الى النزاع الخارج للفلس وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كان شرعة السلم كما ذكرتم لما جاز من عندها كرا رخصة أجيب بأن السلم لا يكون الا بأدنى الثمنين وهو دليل على عدم حقيقة أمر باطن لا تطلع عليه فأقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر

(قوله فيحمل على المقيد الخ) أقول على ما هو مذهب الشافعي (قوله لما تذكروا) أقول اشارة الى ما يذكروه في حينه فان قيل وجواب لقوله لا يقال مطلق فيحمل على المقيد (قوله لان قوله رخص في السلم الخ) أقول وأيضاً العمل بالدليلين يوجد بحمل المطلق على المقيد على ما هو أصل الخصم ثم قوله لأن قوله رخص الخ جواب لقوله لا يقال العمل بالدليلين

قال (ولا يجوز الأجل معلوم) إذا ثبت اشتراط الأجل في السلم لا بد من كونه معلوما بما روي بنا والمعقول وهو أن الجهالة مفضضة إلى المنازعة كافي البيع فهذا يطالبه عدة قريبة وذلك يؤديه في بيعها واختلف في أدنى الأجل فقيل أدناه شهر استدلالا بمسئلة كتاب الإيمان حلف ليقض دينه عاجلا فقضاء قبل تمام الشهر يرضى عنه فإذا كان مادون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الأجل وقيل ثلاثة أيام (٣٣٦) وهو ما ذكره أحد بن أبي عمران البغدادي استاذ الطحاوي عن أصحابنا اعتبارا

قال (ولا يجوز الأجل معلوم) لما روي بنا ولأن الجهالة فيه مفضضة إلى المنازعة كافي البيع والأجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم والاول أصح (ولا يجوز السلم بمكالم رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) معناه إذا لم يعرف مقداره لأنه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينسبط كالقصاص مثلا فإن كان مما ينكس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن أبي يوسف رحمه الله قال (ولا في طعام قرية بعينها) أو غمرة نخلة بعينها لأنه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم

السلم الحال أقل منه في المؤجل بعد ما ذكرنا لا يقدر شيئا أعني بعد ما يبين أن شرعيته لا دفع حاجة المحتاج إلى المال العاجز عن العوض في الحال فإن القرار قد يحمل فيه تلك الحاجة وهي منتفية في السلم الحال (قوله والأجل أدناه شهر إلى آخره) في النخلة لا رواية عن أصحابنا رضوان الله عليهم في المبسوط في مقدار الأجل واختلفت الروايات عنهم والأصح ما روي عن محمد أنه مقداره بالشهر لأنه أدنى الأجل وأقصى العاجل وقال الصدر الشهيد الصحيح ما روي عن الكرخي أنه مقداره ما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو حديث أن لا يصح لأنه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا تفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفي الإيضاح فإن قدر نصف يوم جاز وبعض أصحابنا قدروا بثلاثة أيام استدلالا بعدة خيار الشرط وليس بصحيح لأن التقدير بثلاثة أيام أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدرا انتهى والتقدير بالثلاث يروي عن الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران استاذ الطحاوي وصح المصنف الأول لأنه مروي عن محمد ولأنه مأخوذ من مسئلة الإيمان وهي ما إذا حلف ليقض دينه عاجلا فقضاء قبل تمام الشهر يرضى عنه فكان مادون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه أجل قالوا وعليه الفتوى (قوله ولا يجوز السلم بمكالم رجل بعينه وبذراع رجل بعينه) قال المصنف (معناه إذا كان لا يعرف مقداره) أما إذا عرف فيجوز لضبط المقدار ولو تلف ذلك المكيال والذراع وانما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدره فيتعذر الإبقاء قال (وقد مر من قبل) يريد أول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع بانه بعينه لا يعرف مقداره ووزن حجر بعينه إلى أن قال بخلاف السلم إلى آخره وقد روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز أيضا في بيع العين بالعين لأنه يبيع ليس بمكالم ولا بمجازفة وبيع الخنطة انما لا يجوز على أحدهما والصحيح الأول والحصر ممنوع ويتقدر التسليم فهذا يبيع بمجازفة ثم لا بد (أن يكون المكيال مما لا ينقبض وينسبط كالقصاص) والحديد والخزف (فإن كان مما ينكس بالكبس كالزنبيل) والغرارة (لا يجوز للمنازعة) عند التسليم (إلا في قرب الماء فيما روي عن أبي يوسف للتعامل فيه) فإنه أجاز وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا أقرب من ماء النيل أو غير ذلك مثلا بـ هذه القرية بعينها جاز البيع ومقتضى القاعدة المذكورة أنه لا يجوز إذا عين هذه القرية والله أعلم ولكن بمقدارها أو الزنبيل بالفتح بلا تشديد وبالكسر مشدد الماء ويقال زنبيل أيضا (قوله ولا في طعام قرية بعينها) كخطة بلدة الفهميين والحلة ببلاد مصر (أو غمرة نخلة بعينها) أو بستان بعينه (لأنه قد يعتريه آفة فتنتفي القدرة على التسليم)

بما روي الشرط وليس بصحيح لأن الثلاثة ثمة بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدور وقيل أكثر من نصف يوم لأن المكيال ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما تأخر قبضه عن المجلس ولا يبيح المجلس بينهما في العادما أكثر من نصف يوم وبه قال أبو بكر الرازي والاول أصح أن يكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها وما ذكرنا من كتاب الإيمان قال (ولا يجوز السلم بمكالم رجل بعينه) لا يصح السلم بمكالم رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه إذا لم يعلم مقداره لأن التسليم في السلم متأخر فربما يضيع المكيال أو الذراع فيفيض إلى المنازعة ويعلم من هذا أن المكيال إذا كان معلوم القدر والذراع كذلك أو باع بذلك الأناه الجهول القدر يدايد لا بأس بذلك للحصول الأمن من المنازعة وقد مر يعني في أول البيوع أن البيع يدايد بمكالم لا يعرف مقداره يجوز لأن القبض يتجهل فيه فيندر الهلاك لكن لا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينسبط كما إذا كان من حديد أو خزف أو خشب أو نحوها أما إذا كان مما ينكس بالكبس كالزنبيل قال بكسر الزاي لأن فعلا بفتح الفاعل ليس من أبنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فإنه لا يجوز لأفضائه إلى المنازعة الآن أما يوسف رحمه الله استحسن في قرب الماء وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قرية بهذا القرية من ماء للتعامل قال (ولا في طعام قرية بعينها أو غمرة نخلة بعينها) لأن انقطاعه عن أيدي الناس يعرض آفة موهوم (فتنتفي القدرة على التسليم)

قال قال بكسر الزاي لأن فعلا بفتح الفاعل ليس من أبنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فإنه لا يجوز لأفضائه إلى المنازعة الآن أما يوسف رحمه الله استحسن في قرب الماء وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قرية بهذا القرية من ماء للتعامل قال (ولا في طعام قرية بعينها أو غمرة نخلة بعينها) لأن انقطاعه عن أيدي الناس يعرض آفة موهوم (فتنتفي القدرة على التسليم)

أشار إلى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عن السلم في عمر فلان أم من عمر حائط فلان فلا رأيت لو أذهب الله الثمر به يستحل أحدكم مال أخيه ولا خفاه في كونه منه عليه الصلاة والسلام بياناً بطريق التعليل لعدم (٣٣٧) الجواز في غرة قرية بعينها وقوله مال أخيه أراد به رأس المال أي لولم

تحصل الثمرة فبأي طريق يحل رأس المال للسلم إليه ولو كان النسبة إلى قرية بعينها لبيان الصفة أي لبيان أن صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشم راني بخاري والبساخي بفرغانة حاز العقدان تعيين الخشم راني ليس باعتبار أن تكون الحنطة منه ليس الأبل باعتبار أن صفة الحنطة مثلاً مثل صفة حنطة الخشم راني وعلى هذا ظهر الفرق بين ما إذا أسلم في حنطة من حنطة هراة وبين ما إذا أسلم في ثوب هروي في جواز الثاني دون الأول فإن نسبة الثوب إلى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فإن الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة هراة أو بغيرها يسمى هروياً وإذا أتى المسلم إليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة أجزبه رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فإن حنطة هراة ما نبتت بأرض هراة والنات في غيرها لا ينسب إليها وإن كان بتلك الصفة

والله أشار عليه الصلاة والسلام حيث قال رأيت لو أذهب الله تعالى الثمر به يستحل أحدكم مال أخيه ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشم راني بخاري والبساخي بفرغانة قال (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط جنس معلوم) كقولنا حنطة أو شعير (ونوع معلوم)

قال المصنف (والله أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله رأيت لو أذهب غرة هذا البستان به يستحل أحدكم مال أخيه) فإن معنى هذا أنه لا يستحق بهذا البيع ثمنان لم يخرج هذا البستان شيئاً فمكان في بيع ثمر هذا البستان غرراً لا تنسأخ فلا يصح بخلاف ما إذا أسلم في حنطة صعيدية أو شامية فإن احتمال أن لا ينبت في الأقليم برمته شيء ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة فيجوز فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء كان وروده في السلم أو في البيع مطلقاً والواقع أن معناه ورد في السلم وفي البيع أما في السلم فحاشا لمنه من حديث أبي داود وابن ماجه في الذي أسلم في تلك الحنطة النخل فلم يطلع شيء فأراد المسلم إليه أن يمنع الثمن الذي كان أخذه وقال إنما النخل هذه السنة حيث قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ من نخلك شيئاً قال لا قال به تستحل ماله أردد عليه ما أخذت منه الحديث وأما ما في مسلم عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو بيعت من أخيك غراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً تأخذ مال أخيك بغير حق فيصدق على كل من السلم والبيع ويمكن أن يكون دليلاً على أن هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسئلة أيضاً وفي الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن لم ينه رها الله فم يستحل أحدكم مال أخيه هذا (فلو كانت نسبة الثمرة إلى قرية معينة (ليسان الصفة) لا لتعيين الخارج من أرضها بعينه (كالخشم راني والبساخي) وبخاري وهي قرية حنطتها جيدة (بفرغانة لا بأس به) ولأنه لا يراد خصوص النابت هناك بل الأقليم ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لأنه أقليم وكذا إذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام إقليم بكالهما فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء وكذا في ديار مصر في قمح الصعيد والذي في الخلاصة وذكر معناه في المحتج وفي غيره لو أسلم في حنطة بخاري أو حنطة سمرقند أو استيجاب لا يجوز لتوهم انقطاعه ولو أسلم في حنطة هراة لا يجوز وفي ثوب هراة ذكر شروط السلم يجوز لأن حنطتها يتوهم انقطاعها إذا الإضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في موهم الانقطاع بخلاف إضافة الثوب لأن لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان ولذا لو أتى المسلم إليه في ثوب هروي بثوب نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروي يعني من صفته وموثته يجزبه رب السلم على قبوله فظهر أن المانع والمقتضى العرف فان تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز ولا فلا. يعني ما في الخلاصة قال لو كان ذكر النسبة لا لتعيين المكان كالخشم راني فإنه يذ كر لبيان الجودة لا لفسد السلم وإن كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم والألا ما أسلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شئ في جواز وفي شرح الطحاوي لو أسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لأنها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد إلى وقت المحل شرط لصحة السلم (قوله ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا بسبع شرائط) ذكر في العقد وأما عدها فهي الجنس الأولى ولا شك أن السلم شروطاً غير هراة ولكن لا يشترط لصحة السلم ذكرها في العقد بل وجودها وشرائط جمع شرط فقول بعضهم في بعض النسخ سبع وهو الأصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطاً وسبع على تقديرها شرطاً وكل وارد على اعتبار خاص والمعروف من النسخ ليس إلا المشهور بسبع شرائط (جنس معلوم حنطة أو شعير ونوع معلوم

(٤٣ - فتح القدير خامس) فكان تعييناً للمكان وهو موهم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كالاول قال (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط) صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على خمسة فأما المتفق عليه فهو أن يكون في جنس معلوم حنطة أو شعير ونوع معلوم

سقية أو بخسية والنخس خلاف السقي منسوب إلى النخس وهي الأرض التي تسمى السماء لأنها مغموسة الحظ من الماء وصفة معلومة جيدة أو رديئة ومقدار معلوم عشرين كرايكايل معروف أو عشرين رطلا وأجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم (٣٣٨) منكم الخ ومن المعنى الفقهي ما بينا أن الجهالة فيه مفضية إلى النزاع فأما المختلف

فيه (فعرفة مقدار رأس المال أن كان مائة توقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له جل) (يفتح الحاء) (ومؤنة) ومعناه ماله نقل يحتاج في حمله إلى ظهور أو أجرة جمال فهذا شرطان لعمته عند أبي حنيفة وهو المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما خلافا لهما فالأولى المسئلة الأولى أن المقصود يحصل بالاشارة فأشبهه الثمن والأجرة يعني إذا جعل المكيل أو الموزون ثمن المبيع أو أجرة في الأجرة واشير إليه ما جاز وإن لم يعرف مقداره ما فكذلك ينبغي أن يكفي بالاشارة في رأس المال بما جمع كونه بدلا وصار كما إذا كان رأس المال ثوبا فإن الاشارة فيه تكفي اتفاقا وإن لم يعرف ذرعانه ولا يحنيفة رحمه الله أنه ربما يوجد بعضها زوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي وتحقيقه أن جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لأن المسلم إليه ينفي رأس المال شيئا فشيئا

كقولنا سقية أو بخسية (وصفة معلومة) كقولنا جيد أو رديء (ومقدار معلوم) كقولنا كذا كرايكايل معروف وكذا وزنا (وأجل معلوم) والاصل فيه ما روينا والفقهاء فيه ما بينا (ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره) كالمكيل والموزون والمعدود (وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له جل ومؤنة) وقال لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الأولى أن المقصود يحصل بالاشارة فأشبهه الثمن والأجرة وصار كالثوب ولا يحنيفة أنه ربما يوجد بعضها زوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمحقق

كسقية (وهي ما يسقي سحبا) (أو بخسية) وهي ما يسقي بالمطر ونسبت إلى النخس لأنها مغموسة الحظ من الماء بالنسبة إلى السحابة غالبا (وصفة معلومة كجيد رديء) وسط مشعر سالم من الشعر (ومقدار معلوم كذا كرايكايل معلوم) فهذه أربعة تشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه رأس المسلم ولا ينعكس فان النقود تكون رأس مال ولا مسلم فيه (و) الخامس (أجل معلوم) والاصل فيه أي في اشتراط هذه الخمسة ما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم الحديث نص على شرطي القدر المعلوم والأجل المعلوم وثبت باقي الخمسة بالدلالة ان ظهور ارادة الضبط المنافي للنزعة وقوله (والفقهاء فيه ما بينا) يعني قوله ولان الجهالة مفضية إلى المنازعة (و) السادس (ذكر مقدار رأس المال إذا كان رأس المال يتعلق العقد على قدره) يعني تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه وهو أن يكون الثمن من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات المتقاربة وهذا الشرط في قدره احتراز عما إذا كان ثوبا بالان الذراع وصف لا يتعلق العقد على مقداره واعلام الوصف بعد الاشارة ليس بشرط ولهذا لو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلمه الزيادة ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذراعان لا بشرط اعلامه لان الاوصاف لا يباينها شيء جهالة قدر الذراعان لا تؤدي إلى جهالة المسلم فيه وهذا المسلم فيه بمقابلة المقدرات فيؤدي إلى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقا فصارت أحد عشر شرطا والثاني عشر تسمية مكان الأبناء وهو يخص المسلم فيه والثالث عشر أن لا يشتمل البديلين أحده على الآخر بالان أنفراد أحدهما يحرم النساء وأن لا يكون فيه خيار الشرط والرابع عشر أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير وتقدم في التبر روايتان والخامس عشر انعقاد الثمن على قول أبي حنيفة كذا ذكر بسبب اشتراطه لأجل اعلام قدره (و) السابع (تسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان للمسلم فيه جل ومؤنة) أي إذا كان نقله يحتاج إلى أجرة ونحوه لنقله (وقال لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا) يقبضه دفعة (ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان) خلافتان بينهما وبينهما (لهما في الأولى) وبقوله ما قال مالك وأحمد والشافعي في قول أن المقصود من اعلام قدر رأس المال وهو التسليم بالامنازعة (يحصل بالاشارة) إلى العين الثمن المجل فأغنى عن اعلام قدره وصار كمن المبيع المجل والأجرة المجل في الأجرة والمضاربة إذا دفع إلى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فانه جائز وكذا رأس المال الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه

وربما يجد بعض ذلك زوفا ولا يستبدله في مجلس الرد فيعطى العقد بقدر ما رده فإذا لم يكن مقدار رأس المال معلوما كالثوب لا يعلم في كم انتقص المسلم أو في كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذلك ما يستلزمها وقوله (أو ربما) وجه آخر لفساده وهو أن المسلم إليه (قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب المسلم حيث لا رأس ماله) وإذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيماني على الرخص أجاب المصنف رحمه الله بأن (الموهوم في هذا العقد كالمحقق)

(الشريعة مع المنافي) إذا القياس بخالفه ألا ترى أنه لو أسلم عيكال رجل بعينه لم يجز ثوبهم هلاك ذلك المكيال وعوده إلى الجهالة لا سيما على قول من اعتبر أدنى الاجل أكثر من نصف يوم فإن قيل في هذا اعتبار للنازل عن الشبهة لأن وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال أن لا يكون كذلك وبعد الوجود الرد محتمل فقد لا يردو وبعد الرد ترك (٣٣٩) الاستبدال في مجلس الرد أيضا محتمل

والمعتبر هي دون النازل عنها

فالجواب ما تقدم أن المعنى

من الموهوم هو ذلك وقيل

بل هذه شبهة واحدة لان

كلا منهما مبني على وجوده

زيفا والاول أظهر (قوله

بخلاف الثوب) جواب

عما قاساه عليه من الثوب

وتقر برهان الثوب لا يتعلق

العقد على مقداره (لان

الذرع) في الثوب المعين

(صفة) ولهذا الوجه ذاته

على المسمى سلمه الزيادة

مجانا ولو وجدته ناقصا لم يحط

شيان من الثمن وقد تقدم وليس

كلامنا في ذلك وانما هو

فيما يتعلق العقد على

مقداره فكان قياسا مع

الفارق ولم يجب عن الثمن

والاجرة لان دليله تضمن

ذلك فان البيع والاجارة

لا ينفصلان برذل الثمن والاجرة

وترك الاستبدال في مجلس

الرد ومن فروع الاختلاف

في معرفة مقدار رأس المال

ماذا أسلم مائة في كرحنطة

وكرشعير ولم يبين رأس مال

كل واحد منهما فإنه لا يجوز

عند أي حنطة رجه الله

لان المائة تنقسم على

الحنطة والشعير باعتبار

القيمة وطريق معرفته

لشريعته مع المنافي بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبالان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما وأسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين

كالثوب والعبد فإنه لا يشترط فيه اعلام كمية ذرعانه بالاتفاق وله ما روى عن ابن عمر أنه قال به وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس والقياس على المسلم فيه بجامع أنه عوض تناوله عقد السلم ولان جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة رأس المال مؤدلية إلى الممتنع شرعا تمتنع شرعا بيان تأديته اليه أنه ربما يتفق رأس المال كما يفتقه المحتاجون فربما يظهرفيه زبوف فيختار الاستبدال به ورده وقد يكون أكثر رأس المال زبوفاته اذا رده واستبدل بها في المجلس بقصد السلم عند أي حنطة لانه لا يجز الاستبدال في أكثر من النصف خلافا لهما وقد لا يتفق الاستبدال به في مجلس الرد فيمنع العقد في مقداره ذلك فإذا لم يكن قدر المكيال معلوما لم يدرفي كم انتقص وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا أيضا وهذا وان كان موهوما فالموهوم في هذا العقد حكمه حكم المعلوم (الشريعة مع المنافي) وهو كون المبيع معدوما فان ما يشرع لذلك يكون ضعيفا في الشرعية فيؤثر فيه توهم الغرر المذكور وهذا في الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم رأيت لو أذهب الله غرة هذا الحائط لم يستعمل أحدكم مال أخيه (بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبالان الذرع وصف فيه) وكذا لو اشتراه على أنه عشرة فاذا هو خمسة عشر كان كله والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا الوظهر الثوب أو الحيوان المجهول رأس مال مختار أو مسمى عدد امان الذرعان فيه فوجوده المسلم اليه أنقص أو بعض أعضاء الحيوان تالفا لا ينقص من المسلم فيه شيء بل المسلم اليه بالخيار ان شاء عرضي به بكل المسلم فيه وان شاء فسخ لقوات الوصف المرغوب فيه واستشكل بان هذا اعتبار لشبهة الشبهة أو أنزل منها فان في وجود الزيف احتمالا ثم اختيار الرد كذلك ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد فيه أيضا ذلك والمعتبر الشبهة لا النازل كما أفاده الحديث فان المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال أن لا يخرج الثمرة أجيب تارة بأنها شبهة واحدة فان الكل مبني على وجود الزيف وتارة بأن السؤال فاسد لان الشبهة ما يشبهه الثابت وليس بنات كالتقدم مع التسمية وليس هذا كذلك وانما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على أن طريق المنع ما انحصر في وجود الزيف بل ظهور واستحقاق رأس المال كما ذكرنا أنه طريق ويميل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد اجاعنا على أنه لا يصح السلم عيكال رجل بعينه لا يعرف مقداره لاحتمال هلاك هذا الكيل قبل الحمول قال المصنف (ومن فروعه) أي من فروع الخلاف في معرفة قدر رأس المال (إذا أسلم في جنسين) ككرحنطة وكرشعير عشرة مثالا (ولم يبين رأس مال كل منهما) من العشرة (أو أسلم جنسين) كذنانير ودرهم في جنس واحد كبر أو أسلم غرا وحنطة معينين في كذا مائة من الزعفران (ولم يبين مقدار أحدهما) يعني عرف مقدار أحدهما دون الآخر لا يصح السلم لبطان العقد في حصة مالم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضا لاتحاد الصفة أو لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا ولهما في المسئلة (الثانية) وهي اشتراط مكان التسليم فيما لمؤنة (ان مكان العقد يتعين) للايضاه

الحزب فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الإشارة إلى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت أو أسلم دراهم وذنانير في كرحنطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر فإنه لا يجوز عنده لان مقدار أحدهما إذا كان مجهولا يبطل العقد في حصة لعدم شرط الجواز في حصة فيبطل في حصة الآخر أيضا لاتحاد الصفة أو لجهالة حصة الآخر وعندهما يجوز لوجود الإشارة وفالافي المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين للايضاه

لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد ولانه لا يراجه مكان آخر لعدم ما يوجب وما هو كذلك يتعين كأول أوقات الامكان في الاوامر فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يراجه وقد عرف في موضعه وصار كالقرض والغصب في تعيين مكانه ما للتسليم ونوقض بما اذا باع طعاما وهو في السواد فانه روى عن محمد رحمه الله أن المشتري ان كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بان مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان (٣٤٠) آخر كما في بيع العين فان من اشترى كثر حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله يفسد عقده اشتراها

في المصير أو خارج مجتسه أو بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان البيع يتعين للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضرا لانه في ذمة المسلم اليه وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضر بحضوره وفيه نظر لان فيه قيدالم يذكر في التعليل ومثله بعد انقطاعا وعن المعارضة بان التعمين بالدلالة فاذا جاء بصريح بخالفها يبطلها وانما فسد في بيع العين لانه قابل الثمن بالمبيع والحمل فتصير صفقة في صفقة ولا ي حنيفة رحمه الله ان السلم تسليمه غير واجب في الحال لاشتراط الاجل بالاتفاق وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم قابعا على طبق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه قال

لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يراجه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الامكان في الاوامر فصار كالقرض والغصب ولا ي حنيفة رحمه الله أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة

(لوجود العقد) فيه (الموجب للتسليم) ما لم يصرفه باشتراط مكان غيره وحاصله أنه مقتضى عقد مطلق فلا يرد أنه لو كان مقتضى العقد لما صح اشتراط غيره فان تغيير مقتضى العقد مردود وهو مفسد على ما هو رواية عن أحمد رحمه الله وصار كالتصريف الى غالب نقد البلد ما لم يسمناقه داغره فينصرف اليه ويلحق بالثمن فان العقد يقتضيه ماعا فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الاخر كذلك وصار المكان كالزمان الذي هو أول أوقات الامكان حيث يتعين للوجوب لعدم المزاحم وأولاداء على قول الكرخي في الامر المطلق ونقيره أن التسليم يحتاج الى مكان وهذا المكان لا يراحم فيه غيره فيتعين كأول أوقات الامكان والحاقا أيضا بالقرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم في مكان الغصب والقرض والاستهلاك ويرد أن كون تعين غير مكان العقد غير مفسد ينقض بما اذا اشترى كرا وشرط على البائع حمله الى منزله فيفسد سواء اشتراه في المصير أو خارجا يجب بالفرق بأن المشتري يملك العين بمجرد شرائها فاذا اشترط حمله فقد شرط عملا في ملكه مع الشراء ثم سمي الثمن في مقابلة ذلك كله فصار بائعا أجرا ومشتريا مستأجرا معا فهو صفقة في صفقة فيفسد أما عقد السلم فلا يملك المشتري به العين لان المعقود عليه دين لا عين فاعلمك العين بالقبض بالنقل من مكان الى آخر عمل من البائع في ملكه نفسه فلا يكون بائعا وأجرا وأورد أيضا في القوائد الظهيرية عن محمد رحمه الله ما يدل على عدم تعيينه فانه قال في رجل باع طعاما والطعام في السوادين كان المشتري يعلم مكانه فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع مكانا للتسليم لم يكن له الخيار ثم قيل انما يجوز البيع اذا كانت خواهي الحنطة في بيت واحد فان كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لافضائه الى المنازعة لان المشتري يطالبه بالتسليم في اقرب الاماكن والبائع يسلم اليه في الابد وهذا كمدليل أن مكان البيع لا يتعين احاب بأنه انما يتعين اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضرا لانه في ذمة البائع وهو حاضر في مكان العقد فالمبيع حاضر بحضوره وفي بيع العين اذا كان (ولا ي حنيفة أن التسليم في السلم) (غير واجب في الحال فلا يتعين) مكان العقد (بخلاف القرض والغصب) فان التسليم فيهما واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في الحال وكذا اندفع قياسه على رأس مال السلم فانه يجب تسليمه في الحال وتضمن منع ما قال من أن وجود العقد الموجب للتسليم وجب تعيين مكانه بل العقد يوجب التسليم فقط الا ان اقتضى أمر آخر تعين مكانه (فاذا لم يتعين فالجهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان) دفعا للمنازعة لان

أبو حنيفة رأيت لوعقد السلم في السفينة في لجة البحر أن كان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يؤوله المسلم عاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين للابقاء يبقى مكان الابقاء مجهولا لاجهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه السلم والمسلم اليه يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان

(قوله لان العقد الموجب الى قوله ولانه لا يراجه) أقول والظاهر عندي أن المجهوع دليل واحد للمدعي اذا لم يتم أحدهما الا بالآخر فليدبر (قوله قال رأيت لوعقد السلم الخ) (قول ناظر الى قوله ولا ي حنيفة يعني قال أبو حنيفة رأيت الخ)

(وعن هذا) أي عما ذكرنا من جهالة المكان بجهالة الوصف (قال من قال من المشايخ أن الاختلاف في المكان يوجب التحالف) عنده كالاختلاف في الجودة والردافة في أحد البديلين (وقيل على عكسه) أي لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما يوجب له لان تعين المكان قضية العقد أي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان (٣٤١)

لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة الثمن اشتري شيئا بكميل أو موزون موصوف في الذمة بشرط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق والاول أصح (وهو اختيار شمس الأئمة) لان الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عليها في كتاب الاجارات وصورة الاجرة استأجر دارا أو دابة بكميل أو موزون موصوف في الذمة بشرط بيان مكان الايفاء عنده خلافهما ويتعين في اجارة الدار مكانها وفي الدابة تسليم في مكان تسليمها وصورة القسمة اقتسمادارا أو أخذ أحدهما أكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد مكيلا أو موزونا موصوف في الذمة بشرط عنده بيان مكان الايفاء خلافهما ويتعين مكان القسمة قال (ومالم يكن له حمل ومثونة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء الخ)

وعن هذا قال من قال من المشايخ رحمهم الله ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسمادارا أو جعل لأمع نصيب أحدهما شيئا له حمل ومثونة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال (ومالم يكن له حمل ومثونة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع) لانه لا يختلف قيمته (ويؤديه في المكان الذي أسلم فيه)

المسلم بطالبه بالتسليم في مكان يسقط عنه فيه مثونة الحمل وترتفع قيمته والمسلم اليه على عكسه وبخلاف رأس المال لان تسليمه واجب للعالم فافترا قوا الحاقه بالامر في تعين أول الاوقات بالاجماع لكن لا يخفى أن قوله التسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد مما يرد عليه المنع اذا ملازمه تظهر وما المانع من تعينه مع تأخر التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه في ذلك المكان فالاولى أن يقتصر على منع تعين العقد المكان والحاقهما بالاسمته لا بالقرض ظهر الفارق بينهما وبين السلم وبالثمن في العين محل النزاع لان باحتماله في الصحيح عنه يرى أنه لا يتعين أيضا اذا كان مؤجلا وأنه يجب تعيينه أيضا كما سيذكره المصنف ورأس مال السلم يمنع فيه حكم الاصل فانما لا يتعين مكان العقد لتسليم رأس مال السلم بل أن يقبضه قبل الافتراق لنفي الكائي بالكائي فلو عقدا السلم ومشيئا فربما خاف سلمه اليه قبل أن يفارقه جاز وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه قلنا نعم ولا يستلزم الموجب في مكان أن يوجب مقتضاه في ذلك المكان فانه لا ملازمة عقلية في ذلك لانه يجب وزان يوجد في مكان وأثره الايجاب مطلقا فلا تثبت هذه الملازمة الاسمعا (قوله وعن هذا) أي وعن كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه يوجب التحالف عنده كما لو اختلفا في صفة الثمن أو الثمن فان اختلفا في الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما اذا اختلفا في جودته وردافته وقيل على عكسه أي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم اليه لان تعين المكان ليس قضية العقد عنده وعندهما يتحققان لان تعين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف فالاختلاف فيه يوجب التحالف بالاجماع فكذا هنا قال (وعلى هذا الاختلاف الثمن) في البيع الناجز اذا كان له مثونة حمل وهو مؤجل في بيع العين (والاجرة) بأن استأجر دارا مثلا له حمل ومثونة وهو مؤجل عنده بشرط بيان مكان تسليمها وعندهما لا (والقسمة) فيما اذا اقتسمادارا أو جعل لأمع نصيب أحدهما شيئا له حمل ومثونة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن بالاجماع (والصحيح انه يشترط) عنده (اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار) في القسمة (ومكان تسليم الدابة) في الاجارة (للايفاء) (قوله ومالم يكن له حمل ومثونة) كالمسك والكافور والزعفران وصغار الأولو يعني القليل منه والا فقد يسلم في امنان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا وكذا المسك وصغار الأولو لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء عندهم وهو الاصح من قول الشافعي (ويؤديه في المكان الذي أسلم فيه) وكل ما قلنا يتعين مكان العقد معناه اذا كان مما يتأتى التسليم فيه ومالا بأن أسلم اليه درهمان في مركب في البحر أو جبل فانه

قد تقدم بيان ماله حمل ومثونة فيعلم من ذلك مالم يكن له حمل ومثونة وقيل مالم يكن له حمل ومثونة هو الذي لو أمر انسا بناجمله الى مجلس القضاء جـ له مجانا وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة واتفقوا على أن بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه

قال المصنف (لا يختلف قيمته ويؤديه في المكان الذي أسلم فيه) أقول هذا البلا ثم لذكره أبو حنيفة في تعليل المسئلة الثانية فتأمل

روايتان في (رواية الجامع الصغير ويوسف الاصل) يتعين لانه موضع الالتزام فيرجع على غيره وذكري في الاجارات (بوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح لان الاما كن كلها سواء اذا المالية لا تختلف باختلاف الاما كن فيه ) (قوله ولا وجوب في الحال) جواب عما يقال يجوز ان يتعين مؤن العقد ضرر ووجوب التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره فلو عين مكانا قبل لا يتعين لانه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا يختلف (٣٤٣) ماله باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد رب السلم سقوط

قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكري في الاجارات انه بوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح لان الاما كن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عين مكانا قبل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له جل ومؤنة يكتفي به لانه مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا يختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي

خطر الطريق ولو عين المصر فيما له جل ومؤنة يكتفي به لان المصر مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا يختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثلث والاجرة والقسمة وقبل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال) معناه أن السلم لا يبيح صحبا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لامكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض ثم يفسد مال يتفرعان عن غير قبض فاذا اختلفا كذلك فسد أما اذا كان رأس المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي أي النسبة بالنسبة وان كان عينا فلان السلم أخذ

معنى الاسم يجب في أقرب الاما كن التي يمكن فيها منه قال المصنف (وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع) يعني من أصل المبسوط وذكري في الاجارات من أصل المبسوط (بوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح) والاصح من قول الشافعي أيضا (لان الاما كن كلها سواء) اذا المالية لا تختلف باختلاف الاما كن فيما لا اجل له ولا مؤنة بل بعزة الوجود وقتله وكثرة رغبات الناس وقتلها بخلاف ماله مؤنة فان الحنطة والخطب يوجد في المصر والسودا ثم يشتري في المصر بأكثر مما يشتري في السودا (ولو عين مكانا قبل لا يتعين لانه لا يفيد) والشرط الذي لا يفيد لا يجوز (وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق) وهو الاصح وبه قال الشافعي وأحمد ذكري في الكفة (ثم لو عين المصر فيما له جل ومؤنة يكتفي به لانه مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا) يعني أن القيمة لا تختلف باختلاف المصر الواحد عادة قبل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز الا لأن يبين لانه مفض الى المنازعة ذكري في المحيط ولو شرط أن بوفيه في مكان يحمله الى منزله لا خيره ولو شرط الحمل الى منزله ابتداء قبل يجوز استحسانا وروى البلخي عن أصحابنا أنه لا يجوز السلم وقيل انما لا يجوز قياسا اذا شرط الايفاء في موضع ثم الحمل الى منزله أما لو شرط الايفاء في منزله فيجوز قياسا واستحسانا وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر أن بوفيه الى منزله والعقد في مصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع ولو اشترى طعاما بطعام من جنسه وشرط أحدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيفما كان ولو شرط أن بوفيه في مكان كذا فسلمه في غيره ودفع الكراء الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز أخذ الكراء وان شاء رده اليه ليس له في المكان المشروط لانه حقه (قوله ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه) بدنا تحقيقه أن قبض رأس المال قبل الافتراق شرط بقاء العقد على الصحة (أما اذا كان رأس المال (من النقود فلانه) لو لم يقبض (افتراق عن دين بدين) لانها لاتعين فلا يقع العقد الاعلى دين في النعمة فيقع بدفع العين المقاصة عنه (وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي) أي النسبة بالنسبة الآن مال الكارجه الله يحجز التأخير ويقول اذا لم بشرط التأجيل لا يخرج به الى الدين عرفا وبقولنا قال الشافعي وأحمد (وان كان عينا) ففي القياس

عاجل بأجل اذا الاسلام والسلاف يثبتان عن التجميل والمسلم فيه أجل فوجب لا يشترط ان يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والكفالة والحوالة فانها عتقت أحكامها بمقتضيات اسمائها لغة وهذا

(قوله وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثلث والاجرة والقسمة) أقول لا يخفى عليك بعد هذا القيل (قوله فاذا اختلفا كذلك) أقول يعني اذا اختلفا من غير قبض (قوله وهذا)

وجه الاستحسان والقياس جواز له لان العروض تتعين في العقود فتترك شرط التججيل لم يؤد الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم (ولهذا) أي ولاشترط القبض (قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع عن المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان فائده الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما أخذه عن فلوردا لما خوذ عاد الى ما في ذمته فثبت الخيار فيما أخذه ثانيا وثالثا الى ما لا يتناهي فإذا لم يفد فائده لا يجوز اثباته وفي بيع العين يفيد فائده لان العقد (٣٤٣) ينفسخ عند الرؤية اذا ارد المبيع لانه رد

عين ما تناوله العقد فيفسخ  
 قيل فيه اشكالان أحدهما  
 أن الضمير في قوله فيه اما  
 أن يراد به رأس المال أو المسلم  
 فيه لاسيما الى الاول لان  
 خيار الرؤية ثابت في رأس  
 المال صرح به في التحفة  
 وقال لا يفسد به السلم ولا  
 الى الثاني لانتفاء التقريب  
 لانه في بيان اشتراط قبض  
 رأس المال قبل الافتراق  
 وثبوت الخيار في السلم فيه  
 وعدمه لامتدح له في ذلك  
 فكان أجنيا والثاني أن  
 المبيع في الاستصناع دين  
 ومع ذلك المستصنع خيار  
 الرؤية والجواب عن الاول  
 انه يعود للسلم فيه وذكره  
 استطرادا ويجوز ان يعود  
 الى رأس المال وهو ان كان  
 ديناً في الذمة ينسلسل ولا  
 يقيد وان كان عينا وجب  
 ان لا يفيد لاقضائه الى التهمة  
 وعن الثاني اننا لانسلم ان  
 المعقود عليه في الاستصناع  
 دين بل هو عين على ما سيجي  
 في الاستصناع بخلاف  
 خيار العيب لانه لا يمنع تمام

ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لا يشترط تججيله لان عدم تسليمه لا يؤدي الى بيع دين بدين بل بيع عين بدين وفي الاستحسان بشرط اعمالا لمقتضى الاسم الشرعي لان الاسلام والاسلاف في كذا ينبغي عن تججيل المسلم دون الآخر لان وضعها في الاصل لاخذ عاجل بأجل والشرع قرره كذلك فيجب أن يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها لفرضه نافرا ضا أن اصارت اعلاما فاصل الوضع كاف باعتبار ما اعتبر في معناه من الاحكام فلزم التججيل (ولانه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم) اليه اذا الفرض افلاسه وحاجته الى العقد لا فلاسه فيقلب فيه ليقدر على تحصيل السلم فيه الى الاجل (و) لهذا أي لاشرط التسليم قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم الذي هو الملك وهذا على قول أبي حنيفة ظاهر فانه وان خرج البديل عن ملك من لم يكن له خيار لم يدخل في ملك الآخر وعلى قوله ما هو ملك متزلزل فانه بعرضه أن يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لان تمامه مبني على تمام الملك في المقبوض وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا ظهر مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز ازالة المالك حتى لو أجاز قبضه مع العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان منعه الملك ليس بقضية السبب بل السبب وجود مطلقا لا مانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز ان يجيز ذلك الغير فاذا أجاز التحقت الاجارة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم الملك قضية السبب نفسه ويجعله في حق الحكم كالمعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض فكان أولى بالابطال من عدم القبض وهذا لان المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم أصلا وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف اذا كان في البيع خيار للبائع واعتاق المشتري من الفضولي يتوقف (وكذا لا يثبت فيه) أي في السلم (خيار رؤية) بالاجماع (لانه غير مفيد) اذا فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا ارد المقبوض عاد ديناً كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله ولان اعلام الدين ليس الا بذكر الصفة فقام ذكر الصفة مقام العين فلا يتصور خيار رؤية ذكره في الكافي ولا بشكل بالاستصناع فانه دين في ذمة الصانع ويجري فيه خيار الرؤية يعني اذا رد ما أتى به ينفسخ لا فالا نسلم أن المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كما سأتى وأما خيار الرؤية في رأس المال فصح لانه لا يمنع ثبوت الملك ذكره في التحفة وهذا اذا كان عينا مثليا أو قيميا (بخلاف خيار العيب) في المسلم فيه فانه يصح (لانه لا يمنع تمام القبض) لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو تمام وقت العقد

القبض لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد

وجه الاستحسان) أقول أشار بقوله هذا الى قوله فلأن السلم أخذ عاجل بأجل (قوله والقياس جواز له الخ) أقول اذا كان رأس المال عينا قال المصنف (ولانه لا بد من تسليم رأس المال) أقول في دلالة هذا على وجوب القبض قبل المفارقة كلام كما لا يخفى ثم اعلم ان قوله ولانه لا بد الخ في قول الشارح معطوف على قوله فلأن السلم أخذ عاجل بأجل (قوله لان خيار الشرط يمنع الى قوله والقبض مبني عليه الخ) أقول فيه انه حينئذ يكون مانعا من القبض نفسه لا عن تمامه (قوله أحدهما ان الضمير في قوله فيه) أقول حيث قال وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية (قوله ويجوز ان يعود الى قوله التهمة) أقول فيه بحث

(ولو أسقط) رب السلم (خيار الشرط قبل الافتراق) فلا يخلو ما أن يكون رأس المال قائماً أو لا فإن كان الثاني لم يصح العقد بالأسقاط لان ابتداءه برأس مال يهودين لا يجوز فكذلك التمامه بأسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء أسهل من الابتداء والجواب أنه اتفاقاً فالتشكيك فيه غير مسموع وان كان الاول جاز (٣٤٤) خلافاً لزرر وقدمر نظيره وهو ما اذا باع الى أجل مجهول ثم أسقط الاجل قبل الحلول

فانه ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لزرر قال (وجملة الشروط جمعوها) جمع المشايخ جملة شروط السلم في اعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وفي تجيله والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تأجيله يعني الى أجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره وفي بيان مكان الايقاع كاهرو وفي القدرة على تحصيله وهو أن لا ينقطع كاييننا (فان أسلم مائتي درهم في كرحنطة مائة منهدين على المسلم اليه ومائة تنقد فاسلم في حصة الدين باطل) سواء أطلق المائتين ابتداء أو أضاف العقد في احدهما الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا السلم وقع صحيحاً أما اذا أطلق ثم جعل المائة من رأس المال قصاصاً بالدين فلا اشكال في طروقه كالأوباع عبيدين ثم مات أحدهما قبل القبض كان الباقي

ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافاً لزرر وقدمر نظيره (وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتجييله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايقاع والقدرة على تحصيله فان أسلم مائتي درهم في كرحنطة مائة منهدين على المسلم اليه ومائة تنقد فاسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد) لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا السلم وقع صحيحاً ولهذا لو نقدر رأس المال قبل الافتراق صح لأنه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع ألا ترى انه لو تباعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل البيع فينقد صحيحاً

(قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس مال السلم قائم جاز) السلم (خلافاً لزرر) وانما قيد بقيام رأس المال لانهم لو أسقطاه بعد اتفاقه وأستلوا كلاً يعود صحيحاً اتفاقاً لانه بالاهلاك صار ديناً في ذمة المسلم اليه فلو صح كان رأس مال يهودين وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد ولانه الآن في معنى الابتداء اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعاً وقول الشافعي ومالك كقول زرر (وقدمر نظيره) في باب البيع الفاسد وهو ما اذا باع الى أجل مجهول ثم أسقط الاجل قبل حله ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لهم قال المصنف رحمه الله (وجملة الشروط جمعوها الى آخره) فاعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتجييله تتم خمسة ومن صفته أن يذ كر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقود مختلفة المالبية متساوية في الرواج كقولنا عدلية أو غطرية فيفان لم تختلف وتساوت رواجا يعطيه من أيها شاء ولو تفاوتت رواجا انصرف الى غالب نقد البلد كما في البيع وينبغي في ديارنا اذا سمى مؤيدية يعطيه الاشرفية والحقيقية لتعارف تسمية الكل مؤيدية والاسم تواءم في المالبية والرواج واعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلاصاً للتجمل وتأجيله وبيان مكان الايقاع يتم أحد عشر وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطاً عندنا ومعلوم أنه لو اتفق بجزءه عند الحلول وافسلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون حيواناً وانتقاد رأس المال اذا كان نقداً عند أبي حنيفة خلافاً لهما وان لا يشمل البدلين احدي علي الربا وعدم الخيار فظهر أن قوله وجلة الشروط لم يتم ثم فرغ على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كرحنطة (منها مائة دين على المسلم اليه ونقده مائة أن السلم في حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد) في الكل خلافاً لزرر رحمه الله وجهه قوله أنه فساد قوي لا يمكنه في صلب العقد وأيضاً فجد جعل قبول العقد في صحة الدين شرطاً لقبوله في صحة النقد فهذا شرطاً فاسداً ولنا أن الفساد طارئ فلا يشيع في غير محل الفساد أما ان أضاف العقد الى مائتين مطاقاً بأن قال أسلمت اليك مائتين في كذا ثم جعل احدهما الدين قطاهراً وأما ان أضاف الى الدين والعين جميعاً بأن قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك وان قيل يفسد في الكل عند أبي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط قبول في حصة الدين والصحيح أن الجواب فيه ما عدم الفساد عنده لان العقد لا يتقيد بالدين ولو قيد به بدليل من اشترى عبداً بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل الا اذا كانا يعلمان عدم الدين فيفسد لامر آخر وهو أنه ما حدثت هازلان بالبيع حيث عقد بيعاً بلائتين بخلاف ما لو كانت المائة على ثبات فانه يشيع الفساد ولذا قيد المصنف

مبيعاً بالحصة طارئاً وأما اذا أضاف الى الدين ابتداءً فكذلك ولهذا لو نقدر رأس المال قبل الافتراق صح وهذا لان النقود لا يتعين في العقود اذا كانت عينا فكذا اذا كانت دينا فصار الاطلاق والتقييد سواء ألا ترى انه لو تباعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينقد السلم صحيحاً فيبطل بالافتراق لما بينا أن النبي صلى الله عليه وسلم هي عن بيع الكالئ بالكالئ وقيد بقوله (مائة منهدين على المسلم اليه) لان الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لانها ليست بمال في حقهما

قال (ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه الخ) لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لأنه شرط صحة السلم احتراز عن الكال بالكال فلجواز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فالتصريف (٣٤٥) وهو معنى قوله فلما فيه من

تقويت القبض المستحق بالعقد ولا في السلم فيه كذلك لأنه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا بأس به بعده لأن المقبوض بعقد السلم كالعين المشتري فرأس المال ان كان مثلياً جازاً ان يبيع مراحمة وان كان قيمياً لا يجوز الا بمن عنده ذلك الثمن (ولا تجوز الشركة) وهو أن يشترك شخص آخر في السلم فيه (ولا التولية) ومصورتها ظاهرة وانما خصهما بالذكر بعد ما دخل في العموم لانهما أكثر وقوعاً من المراجعة والوضعية وقيل احتراز عن قول البعض ان التولية جائزة لانها قائمة معروف فانه يولي غيره ما يولي (فان تقابلاً السلم لم يكن لب السلم ان يشتري من المسلم اليه رأس المال شيئاً حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك) يعني حالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص في ذلك (ولانه أخذ شيئاً بالمبيع)

(قوله لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم) أقول يعني ان القبض شرط صحة السلم (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ

قال) (ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) أما الاول فلما فيه من تقويت القبض المستحق بالعقد وأما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز (ولا تجوز الشركة والتولية في السلم فيه) لانه تصرف فيه (فان تقابلاً السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم اليه رأس المال شيئاً حتى يقبضه كله) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك أي عند الفسخ ولانه أخذ شيئاً بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه

كون المائة ديناً على المسلم اليه لان المائة على الاجنبي ليست مالا في حقه ما وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذلك بل بالافتراق بقبض تلك المائة ولهذا لو نقد المائة قبل الافتراق صح السلم وحينئذ لم يلزم قوله جعل القبول في الفاسد شرطاً الى آخره اذ لم يلزم الفساد بالاضافة لفظاً الى الدين وكان الفساد طارئاً بلا شبهة \* وقال في المنظومة

ان كان رأس المال نوعين نقد \* هذا ودين ذلك فالكل فسد

ان لم يبين قسطاً وقسطاً ذا \* والبر في الشعيروالزيت كذا

فاستشككت على مسألة الكتاب فقبل انما قيد بالتوعين لانه اذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كما ذكر في الهداية واستشكله صاحب الحواشي على قول أبي حنيفة لان عنده اذا ورد العقد قد على شيئين وفسد في أحدهما يفسد في الآخر لانه يصير قبول الفاسد شرطاً الى آخره قال الا أن هذا في الفساد المقارن الذي يمكن في صلب العقد لا في الطارئ وهذا طارئ لان قبض رأس المال شرط لبقاء العقد على الصحة أما العقد في نفسه فصح واستشكله الشيخ حافظ الدين في المصني بأن هذا يقتضي أن لا يفسد في النقد اذا كان رأس المال نوعين أيضاً ثم قال يحتمل أن الفساد باعتبار أن معرفة رأس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهي المسئلة التي قدمها المصنف فترى على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال اذا كان مما يتعلق بالعقد على قدره فاذا قبل بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزروالظن وهو محمول انتهى وهو جيد ما فرعه المصنف على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال الا أن على هذا الحاجة الى تقييد المنظومة بكون أحدهما ديناً فانه لو كان عيني فسد فيهما ذلك أيضاً (قوله ولا يجوز التصرف في رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض أما الاول) وهو رأس المال فانما لا يجوز للمسلم اليه التصرف قبل قبضه لما في ذلك من تقويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعاً قبل الافتراق (وأما الثاني) وهو المسلم فيه (فانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز) لما تقدم من الدليل فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به أما لو دفع المسلم اليه ما هو أدرأمن المشروط فقبله رب السلم أو أوجد فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كترك بعض حقه واسقاطه في حق رب السلم ومن جنس الفضاء في حق المسلم اليه وقول القدوري بعد ذلك (ولا تجوز الشركة ولا التولية) مع دخولهما في عموم التصرف في المسلم فيه لقرب وقوعهما في السلم فيه بخلاف المراجعة والوضعية فانه غير معتاد ولا نهدين وفي الوضعية اضرار برب السلم فيبعد وجودهما بخلاف أخذه بمثل ما اشتراه به فانه قريب والشركة هي معنى أخذ بعضه بمثل ما اشتراه به وقيل هو احتراز عن قول البعض ان التولية تجوز عنده في بيع العين والسلم (قوله فان تقابلاً السلم لم يكن له) أي لب السلم (أن يشتري من المسلم اليه رأس المال شيئاً حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك) أخرج أبو داود وابن ماجة معناه عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره وهذا يقتضي أن لا يأخذ الا هو ورواه الترمذي وحسنه وقال لا أعرفه

(٤٤ - فتح القدير خامس) الاسلمك أو رأس مالك يعني حالة البقاء وعند الفسخ) أقول قوله حالة البقاء ناظر الى

قوله الاسلمك وقوله عند الفسخ ناظر الى قوله أو رأس مالك

(لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث) وهو الشرع والبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك (السقوطه) بالاقالة (ذ) لا بد من (جعل رأس المال مبيعاً) ليرد عليه العقد والالكان ما فرضناه بيعاً يمكن بيعه هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه ديناً مثل المسلم فيه وإذا أمكن أن يكون الدين معقوداً عليه ابتداءً فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلان يمكن ذلك انتهاءً فيما هو بيع من وجه دون وجهه كان أولى وإذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذلك ما أشبهه فان قيل إذا كان كذلك وجب قبض رأس المال في المجلس اعتباراً لانتهاء ابتداءه أجاب بقوله (لانه) أي لان عقدا الاقالة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) لانه بيع في حق الكل والاقالة بيع في حق ثالث (٣٤٦) لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض في الاول اشتراطه في الثاني بالضرورة فان ثبت بالتنبيه

وهو ان اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن الكالني بالكالني والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والتأمل يغني عن هذا السؤال لان رأس المال اذا صار معقوداً عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد لكن المصنف دفع وهم من عسى يتوهم نظراً الى كونه رأس المال وجوب قبضه ولو أبرز ذلك في مبرز الدليل على انقلابه معقوداً عليه حيث لا يجوز قبضه ولو بقي رأس المال لوجب كان أدق على طريقة قوله في أول الكتاب ويجوز بأي اسان كان سوى الفارسية وهي طريقة قوله

ولا عيب فيهم غير ان سيوفهم \* بين فلول من قراع الكتائب (قوله وفيه) أي في جعل رأس المال بعد الاقالة

وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه فجعل رأس المال مبيعاً لانه دين مثله الا أنه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه قال (ومن أسلم في كرحنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا أو أمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء

مرفوعاً الا من هذا الوجه وأخرج الدارقطني عن سعيد الجوهري وعلي بن الحسين الدرهمي باللفظ المذكور وقال اللفظ الدرهمي وقال ابراهيم بن سعيد فلا يأخذ الا ما أسلم فيه أو رأس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه أحمد وغيره والترمذي يحسن حديثه فهو مختلف فيه فحديث حسن ورواه عبد الرزاق موقوفاً على ابن عمر أخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال اذا أسلفت في شيء فلا تأخذ الا رأس مالك أو الذي أسلفت فيه وأسند عن أبي الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تأخذ الا أسلفك يعني حال قيام العقد أو رأس مالك أي عند الفسخ فاستنبط منه أنه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه (وهذا) أي كونه أخذاً بشبه المبيع (د) سبب (أن الاقالة بيع جديد في حق ثالث) غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف أن حكمتها تنوقف على قيام المبيع الى القبض ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد الاقالة البيع قبل القبض تبطل الاقالة وذلك غير ممكن هنا لان الاقالة يسقط المبيع لانه دين لا عين فيتلشى فلا يعود لكنها قد دحمت فيلزم أنه اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لانه دين مثل المسلم فيه وجعل الدين مبيعاً ليس محالاً وأورد عليه لو كانت بيعاً جديداً لكانت بيع سلم لانها اقالة بيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الاقالة في المجلس ولم يلزم بالاجماع فأجاب عنه المصنف (بأنه) يعني عقدا الاقالة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) وأجاب غيره بأن لزوم قبضه قبل الافتراق لئلا يفترقا عن دين بدين وذلك انما يكون اذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالاقالة ويمكن حمل جواب المصنف على هذا بشكاف يسير وحاصل جواب صاحب الايضاح أن رأس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطاً فيه فليس شرطه (وفيه خلاف زفر) أي في منع الاستبدال برأس مال السلم من المسلم اليه بعد اقالة السلم فعنده يجوز أن يشتري به ما شاء وهو القياس لانه بالاقالة بطل السلم وصار رأس المال ديناً عند المسلم اليه فيستبدل به كسائر الديون قال (والحجة عليه ما ذكرناه) من الاثر والمعنى فهو استحسان بالاثراً مقدم على القياس (قوله ومن أسلم في كرحنطة) وهو ستون قفيزاً أو أربعون على خلاف فيه والففيز ثمانية مكاكيت والمكوك صاع ونصف (فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا أو أمر رب السلم أن يقبضه قضاء) عن المسلم فيه فاقضاه رب السلم بحقه بأن

مبيعاً (خلاف زفر) هو يقول رأس المال بعد الاقالة صار ديناً في ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديون ا كاله جاز بهذا الدين (والحجة عليه ما ذكرناه) من الحديث والمعقول قال (ومن أسلم في كرحنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا أو أمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء) حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم اليه

(قوله فيما هو بيع من وجهه دون وجهه) أقول وهو الاقالة (قوله لأن عقدا الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لانه بيع في حق الكل) أقول ضمير لانه راجع الى الابتداء (قوله وهي طريقة) أقول ليس ذلك على طريقته كما لا يخفى على من له أدنى مسكة

(وان أمره أن يقبضه لاجل

المسلم اليه ثم يقبضه فأكاله  
له ثم أكاله لنفسه جاز لانه  
اجتمعت صفقتان بشرط  
الكيل) الاولى صفقة المسلم  
اليه مع بائعه والثانية  
صفقته مع رب السلم (فلا بد  
من الكيل مرتين لنهي  
النبي صلى الله عليه وسلم عن  
بيع الطعام حتى يجري  
فيه صاعان وهذا هو محل  
الحديث على ما مر) في الفصل  
المتصل بباب المراجعة  
والتولية قال فيه ومحل  
الحديث اجتماع الصفقتين  
على ما تبين (قوله والسلم  
وان كان سابقا) جواب  
عما يقال ببيع المسلم اليه مع  
رب السلم كان سابقا على  
شراء المسلم اليه من بائعه  
فلا يكون المسلم اليه بائعا  
بعد الشراء فلا تحقق  
الصفقة الثانية لتدخل  
تحت النهي وتقريه القول  
بوجوب العلة لمنه ذلك (لكن  
قبض المسلم فيه لاحق)  
وقبض المسلم فيه (بمنزلة  
ابتداء البيع) لان المسلم  
فيه دين في ذمته والمقبوض  
عين وهو غير الدين حقيقة  
وان جعل عينه في حق  
حكم خاص وهو حرمة  
الاستبدال ضرورة فلا  
يتعدى فيبقى فيما وراءه  
كالبيع فيتحقق البيع بعد  
الشراء بشرط الكيل فقد  
اجتمعت الصفقتان فلا بد  
من تكرار الكيل

وان أمره أن يقبضه ثم يقبضه لنفسه فأكاله ثم أكاله لنفسه جاز) لانه اجتمعت الصفقتان  
بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجري  
فيه صاعان وهذا هو محل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه  
بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال  
فيتحقق البيع بعد الشراء

اكتاله مرة وحازه اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك لم يلزم مال المسلم اليه وبطال به رب  
السلم بحقه (وان أمره أن يقبضه) أي للمسلم اليه (ثم يقبضه لنفسه فأكاله) أي رب السلم  
للمسلم اليه (ثم أكاله) مرة أخرى (لنفسه) صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا (لانه اجتمعت  
صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام  
حتى يجري فيه صاعان) صاع البائع وصاع المشتري (وهذا هو محل الحديث على ما مر) في الفصل  
الذي يلي باب المراجعة حيث قال المصنف ومحل الحديث اجتماع الصفقتين والفقهاء فيه أن المستحق  
بالعقد ما سمي فيه وهو الكثر وهو انما يتحقق بالكيل فلان الكيل معينا للمستحق بالعقد وهو ذان  
عقدان ومشتريان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه ألا ترى أن الثاني لو كاله فزاد لم تطب له الزيادة  
ووجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بمحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد من أن يكيله  
اقامة لحق العقد الثاني والصفقتان شراء المسلم اليه من بائعه الكثر والصفقة التقديرية التي اعتبرت بين  
المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه يصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لان المأخوذ ليس  
عين حقه فانه دين وهذا عين قاصصه به وقد أخذوا في صحة الامر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه  
وعندي ليس هذا بشرط بل الشرط أن يكيله مرتين حتى لو قال له اقض الكبر الذي اشتريته من فلان  
عن حقل فذهب فأكاله ثم أعاد كيله صار قابضا لان الفرض أنه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول  
بل الثاني فلما قال له اقضه عن حقل والمخاطب يعلم طريق صيرورته قابضا لنفسه أن يكيله مرة للقبض  
عن الآخر وانما يصير هو قابضا لنفسه فتعمل ذلك صار قابضا حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما تصير  
به قابضا ولفظ الجامع يفيد ما قلنا فانه لم يزد فيه على قول فأكاله ثم أكاله لنفسه جاز وقوله (والسلم  
وان كان سابقا الى آخره) جواب سؤال مقدر وهو أن يقال ببيع رب السلم مع المسلم اليه كان سابقا  
على شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء ما اشتراه فلم تجتمع الصفقتان فلا  
يدخل تحت النهي فاجاب بقوله السلم وان كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه (لكن قبض) رب  
السلم (المسلم فيه لاحق) لشراؤه من بائعه (وانه) أي قبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير  
الدين حقيقة) واعتبار عينه في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كي لا يلزم الاستبدال به قبل  
قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقا أخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم اليه بعد شراؤه  
من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيارات لو أسلم مائة في كرم ثم اشتري المسلم اليه من رب السلم  
كتر حطة مجاتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكرم ليجز لانه اشتري ما باع بأقل مما  
باع قبل نقد الثمن يريد أن رب السلم اشتري ما باعه وهو الكثر قبل نقد الثمن بأقل مما باعه وانما يلزم ذلك  
اذا جعل عند القبض كأنهم ما جددوا عقدا ومثل هذا فيما لو أسلم في موزون معين واشتري المسلم اليه موزونا  
كذلك الى آخره لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشتري المسلم اليه حطة مجازفة أو ملكها بارت أو هبة  
أو وصية أو وفاة رب السلم فأكاله مرة ونحوه يكتفي بكيل واحد لانه لم يوجد الا عقد واحد بشرط الكيل  
وهو السلم ولو اشتري المعدود ودعا السلم في معدود فعلى الروايتين في وجوب إعادة العقد في بيع المعدود

(و) ان (كان) الكر (قرضا فاهم) المستقرض المقرض (يقبض الكر) ففعل (جاز لان القرض اعارة ولهذا انعقد بلفظ الاعارة) ولولم يكن اعارة لزم عليك الشيء بحسنه نسبه وهو ربا ولهذا (٣٤٨) لا يلزم التأجيل في القرض لان التأجيل في العواري غير لازم فيكون المردود

وان لم يكن سلما وكان قرضا فاهم بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا انعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان قال (ومن أسلم في كرفأمر رب السلم أن يكيه المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء) لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا لغرائره منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزم المدينون فيه لم يصح قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بجواهرها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحن في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا اذا أمره أن يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح

بعد شرائه عدها هذا (فلولم يكن سلما) ولكن أقرضه (فأمره بقبض الكر) ولم يقل اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك فقبضه بأن اكتاله مرة (جاز لان القرض اعارة ولهذا انعقد بلفظ الاعارة وكان المردود عين المأخوذ مطلقا فلم تجتمع صفقتان) فلم يجب الكيلان لان هذا الاعتبار في القرض لولم يكن ثابتا لزم تلك الشيء بحسنه نسبه أو تفرق بلاقبض فيه وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لانه يبيع بحسنه نسبه وكذا لو كان الدين الاول سلما فلما حصل اقترض المسلم اليه من رجل كرا أو أمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا وهذا لان عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكابله أو موازته ولهذا الواستقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أفرقة جازله أن يتصرف فيها قبل الكيل (قوله ومن أسلم في كرفأمر رب السلم المسلم اليه أن يكيه له في غرائر رب السلم) والموضع موضع الاضمار فيه مال الكنة أظهره لدفع الالتباس (ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن قضاء) حتى لو هلك هلك من مال المسلم اليه والتقييد بغيبته لانه لو كان فيها ورب السلم حاضر يصير قابضا بالاتفاق سواء كانت الغرائر له أو للبائع (لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا لغرائره منه جاعلا ملك نفسه فيها فصار كماله كان عليه دراهم فدفع) الدائن اليه كيسا (ليزمت المدينون فيه لم يصح قابضا) هذا اذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بل لا ترد فان كان قيل لا يصير قابضا لما قررنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير قال في المبسوط والاصح عندي أنه يصير قابضا لان أمره بمخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضا وهو نظير ما سجد في كتاب الصرف فبين دفع نصف درهم الى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وصغ فيهما خاتما ففعل جاز وصار بالمخلط قابضا (ولو كانت مشتراة) غير مسلم فيها (والمسئلة بجواهرها) أي دفع المشتري غرائره للبائع وأمره أن يكيه لها فيها ففعل بغيبته (صار قابضا لان الامر قد صح) هنا (لانه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه) وتظهره ما لو أمره بطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم اليه كان الدقيق للمسلم اليه فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لانه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فأمر المشتري البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشتري فلو هلك الدقيق في الاول هلك من ملك المسلم اليه ويعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك في الثاني هلك من ملك المشتري وتقرر الثمن عليه ومثله (اذا أمر) رب السلم المسلم اليه (أن يصبه في البحر ففعل كان من مال المسلم اليه) ولو أمر المشتري البائع به كان قابضا فيهلك (من مال المشتري لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكيل) الواحد (في الشراء في الصحيح

عين المقبوض (مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان) وكذا الواستقرض المسلم اليه من رجل وأمر رب السلم بقبضه يكتفي فيه بكيل واحد قال (ومن أسلم في كرفأمر رب السلم الخ رجل أسلم في كرفأمر رب السلم أن يكيه له المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن) له في غرائره طعام فانه لا يكون (قضاء) فلو هلك هلك من مال المسلم اليه (لان الامر بالكيل لم يصادف ملك الامر إذ حقه في الدين لا في العين فلا يصح) الامر (وصار المسلم اليه مستعيرا لغرائره من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كماله كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزمت المدينون فيه حيث لم يصح قابضا) ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره الى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غائب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لا محالة فصح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار البائع وكذا عنه في امسالك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري (قوله ألا ترى) توضيح لتملكه

بالبيع (انه اذا أمره بالطحن في السلم كان الطحن للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري) واذا أمره أن يصبه في البحر في السلم لانه ففعل هلك من مال المسلم اليه (وفي الشراء من مال المشتري) وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحته موقوفة على الملك فلو لانه ملكه لم يصح أمره ويجوز أن يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح (ولهذا) أي ولان الامر قد صح (يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح

لان البائع نائب عنه في الكيل) فان قيل البائع مسلم فكيف يكون مسلماً أجاب بقوله (والقبض بالوقوع) أي وتحقيق القبض بالوقوع (في غرائر المشتري) فلا يكون مسلماً ومتسلماً وانما قال في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي بكيل واحد عسا كان ظاهر ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان البائع وصاع المشتري وقد مر قبل باب الربا (ولو أمر المشتري البائع أن يكيه في غرائر البائع ففعل لم يصير) المشتري قابضاً لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلم تصر الغرائر في يده) لان الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض فكذلك ما وقع فيها وصار كالوأمرة أن يكيه له ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً لانه مستعير لم يقبض (قوله ولو اجتمع الدين والعين) صورته رجل أسلم (٣٤٩) في كرحطة فلما حل الاجل اشترى

من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غرائره اليه ليحبل الدين) أي المسلم فيه والعين وهو المشتري فيها فلا يحل للبائع من أن يجعل فيها أولاد الدين أو العين فان كان الثاني (صار) المشتري قابضاً لهما جميعاً أما العين فلحقة الامر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المأمور كفعل الأمر ورد بأنه لا يصلح نائب عن المشتري في القبض كالوأمرة كذلك نصوا وأوجب بأنه ثبت ضمناً وان لم يثبت قصداً وأما الدين فلا اتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا ثبت القبض (كن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه ولكن دفع الى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار) ولا يشك بالصبيغ فان الصبيغ والبيع اتصاله ملك المستأجر ولم يصير قابضاً لان المعقود عليه في الاجارة الفعل لا العين والفعل

لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو أمره في الشراء أن يكيه في غرائر البائع ففعل لم يصير قابضاً لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصر الغرائر في يده فكذلك ما يقع فيها وصار كالوأمرة أن يكيه له ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضاً أما العين فلحقة الامر فيه وأما الدين فلا اتصاله بملكه وبمثله يصير قابضاً كن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه ولكن دفع الى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصير قابضاً أما الدين فلعدم صحة الامر وأما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكاً عند أبي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما

لانه نائب عنه في الكيل والوقوع في غرائر المشتري) وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي بالكيلين على ما مر قبل باب الرابو لو كان في البيع أمر المشتري البائع أن يكيه في غرائر البائع ففعل بعينه لم يصير قابضاً (لانه استعار غرائره ولم يقبضها) فلم تتم الاعارة لانها كانت عقد تبرع لم تتم الا بالقبض (فلم تصر الغرائر في يده فكذلك ما يقع فيه) على تأويل الطرف ونحوه (وصار كالوأمرة المشتري) البائع (أن يكيه له ويعزله في مكان من بيت البائع) ففعل بعينه لم يصير قابضاً (ولو اجتمع الدين والعين) بأن اشترى رب السلم من المسلم اليه كرا معيناً بعد حلول السلم فأمره أن يكيل في غرائر المشتري كليهما ففعل بعينه ان بدأ بالكر العين ثم بالمسلم فيه صار المشتري قابضاً لهما (أما العين فلحقة الامر فيه) لانه لاقي ملكه (وأما الدين فلا اتصاله بملكه وبمثله يصير قابضاً كن استقرض حنطة) ولم يقبضها (ثم أمره القرض) أن يزرعها في أرض المستقرض ولكن دفع الى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار) ففعل بعينه لزمه الزيادة وتقرر بدلها عليه لاتصال ملكه فيهما (وان بدأ بالدين) فكذلك في الغرائر (لم يصير قابضاً) أما في الدين فلعدم صحة الامر) لما قلنا (وأما في) العين فلانه بخلط مال المشتري) بجنسه من مال نفسه (يصير مستهلكاً عند أبي حنيفة فينتقض البيع) بهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بتعدليكون به مستهلكاً لانه بأمره أجاب المصنف بمنع اذنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين (وعندهما) لما لم يكن استهلاكاً يصير المشتري (بالخيار ان شاء نقض البيع) لعيب الشركة وان شاء شاركه في المخلوط) وأورد أن صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير مالاً قابضاً به أجيب بأن المعقود عليه غنة

لا يتجاوز الفاعل فلم يصير متصلاً بالثوب فلا يكون قابضاً وان كان الاول لم يصير قابضاً أما الدين فلعدم صحة الامر لعدم مصادفته الملك لان حقه في الدين لا في العين وهذا عين فكان المأمور بجعله في الغرائر متصرفاً في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الأمر (وأما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند أبي حنيفة فينتقض العقد) فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينتقض البيع أجاب بأن الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير به الأمر قابضاً والذي كان مأذوناً به وفي عبارة المصنف تسامح لانه حكيم يكون الخلط غير مرضي به من جهة ما استدلل بقوله (لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين) فيكون الدليل أعم من المدعى ولا دلالة للإعم على الاخص ويجوز أن يقال كلامه في قوة الممانعة فكأنه قال ولا نسلم ان هذا الخلط غير مرضي به (قوله لجواز) سند المنع فاستقام الكلام (وعندهما المشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما)

قال (ومن أسلم جارية في كرحنطة الخ) رجل أسلم جارية في كرحنطة ودفع الجارية إلى المسلم إليه ثم تقايلا فانت في يد المسلم إليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الأقالة بهلاك الجارية كانت الأقالة صحيحة لانها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه وهو المسلم فيه فصحت الأقالة حال بقائه وإذا صح ابتداء صح انتهاء لان البقاء أسهل من الابتداء وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكان أحد العوضين كان قائما فلا (٣٥٠) يرد ما قبل أن الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالأقالة فصار كهلالة العوضين في

المقايضة وهو منع الأقالة وقد تقدم في الأقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدرهم حيث بطلت الأقالة في البيع عندها كالبقاء وابتداء وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج إلى شرح قال (ومن أسلم إلى رجل دراهم في كرحنطة الخ) إذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم فمن كان متعنتا وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله إن ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول المنكر وإن أنكر الصحة وعلى هذا إذا أسلم رجل في كرحنطة ثم اختلفا فقال المسلم إليه شرطت ردبا وقال رب السلم لم تشتر شيئا فالقول قول المسلم إليه (لأنه باتكار الصحة متعنت في العادة) وإن كان رأس المال نقدا والمسلم فيه نسيئة لأن العقلاء قاطبة على إعطاء هذا العاجل

قال (ومن أسلم جارية في كرحنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فانت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز) لأن صحة الأقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الأقالة حال بقائه وإذا جازا ابتداء أولى أن يبقى انتهاء لان البقاء أسهل وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فانت في يد المشتري بطلت الأقالة ولو تقايلا بعد موتها فالأقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الأقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محلها وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الأقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه قال (ومن أسلم إلى رجل دراهم في كرحنطة فقال المسلم إليه شرطت ردبا وقال رب السلم لم تشتر شيئا فالقول قول المسلم إليه) لأن رب السلم متعنت في إنكاره الصحة لأن المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة

الفعل لا العين والفعل لا يجوز الفاعل لأنه عرض لا يقبل الانتقال (قوله ومن أسلم جارية في كرحنطة) حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الأقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة في السلم تجوز الأقالة قبل هلاك الجارية وبعبءه لأن صحة الأقالة تعتمد بقاء العقد وهو بقاء المبيع إلى أن يقبض في السلم المبيع فصداه هو المسلم فيه فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم الدين المسلم فيه فجازت الأقالة إذا مات قبل الأقالة أو بعد ما قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه وإذا جازت انفسخ في الجارية تبعا فوجب ردها وقد عجز فيرد قيمتها يوم القبض لأن السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب وفيما لو كان اشترى جارية بألف درهم مثلا لتجوز الأقالة بعدم موتها وتبطل لو ماتت بعد الأقالة قبل القبض لأن الجارية هي المعقود عليه في البيع فلا تصح الأقالة بعدم موتها ولا تبقى على الصحة إذا هلك بعد هاولو كان البيع مقايضة بأن دفع الجارية في ثوب تبقى الأقالة بعدهلا كما إذا كان العرض الآخر باقيا لان كلامهما مبيع من وجه (قوله ومن أسلم إلى رجل إلى آخره) الأصل في هذه المسائل انهما إذا اختلفا في الصحة فإن خرج كلام أحدهما مخرج التعتن وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلا اتفاقا والقول قول من يدعى الصحة وإن خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره قال أبو حنيفة القول قول من يدعى الصحة أيضا إذا اتفقا على عقد واحد وإن كان خصمه هو المنكر وقال القول قول المنكر وإن أنكر الصحة إذا عرف هذا احتنا إلى المسائل (أسلم إلى رجل في كرف قال المسلم إليه شرطت لك ردبا وقال رب السلم لم تشتر شيئا فالقول قول المسلم إليه) بالاتفاق وهو قول الشافعي (لأن رب السلم متعنت) لأنه باتكار الصحة متعنتا ينفعه وهو المسلم فيه (لأنه) على كل حال (ربو على رأس المال في العادة) وإن كان رأس المال نقدا والمسلم فيه نسيئة لأن العقلاء قاطبة على إعطاء هذا العاجل

السلم لأن المسلم فيه يربو على رأس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر فانهما اتفقا على عقد واحد بذلك واختلفا فيما لا يصح العقديونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهدا للمسلم إليه وقول من شهد له الظاهر أقرب إلى الصدق وفيه بحث لأننا نسلم أن المسلم فيه يربو على رأس المال

(قوله ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر) أقول لا يخفى عليك مخالفة تعريف المخاصم لقوله وإن كان خصمه هو المنكر ظاهرا ودفعه باعتبار المعنى والصورة كما سيبي (قوله لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة السلم لأن المسلم فيه إلى قوله فانهما اتفقا على عقد واحد الخ) أقول فعلى هذا التقرير يكون التعرض لتعتن رب السلم ضاعبا للمقصود بدونه

بل الامر بالعكس فان النقد القليل خير من التسيئة وان كانت كثيرة سلمناه لكنهم يروونه عليه اذا كان جيدا . وأما اذا كان رديا فممنوع سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البيئة على المدعى واليمين على من أنكر وهو باطل لأنه يقتضي أن يكون القول قول المنكر وان أنكر الصحة والجواب أن الناس مع وفور عقولهم وشدة تحريزهم عن الغبن في البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن السلم فيه في الحالة الراهنة . وذلك أقوى دليل على ربا المسلم فيه وان كان رديا والاعتبار للمعاني دون الصورة فنسكرك صحة الصورة وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد المودعة وان انعكست المسئلة وهو أن يدعى رب السلم الوصف وأنكره المسلم اليه لم يذكره محمد ( ٣٥١ ) في الجامع الصغير والمتأخرون من

المشايع ( قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة لأنه يدعى الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لأنه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لأنه منكرا ( وان أنكر الصحة ) ( قوله ) ( وسنقره من بعد ) يريده ما يذكره بعد بخطوط القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لأنها تستعمل للبعيد والمطابق ونقره . ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم كان له أجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره لأنه ينكر ما يتقعه وهو الاجل فان قيل لانسلم أنه متعنت لانه بانكاره يدعى فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يريه على رأس المال في العادة فيكون القول للمسلم اليه وهو القياس أجاب المصنف ( بأن الفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد ) فان السلم الحال

وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رجه الله لأنه يدعى الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لأنه منكرا وان أنكر الصحة وسنقره من بعد ان شاء الله تعالى ( ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم ) لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقالة وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقالة عليه فيكون القول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر

بذلك الاجل ولولائه يروونه عليه وان كان أجل لم تطبق آراؤهم عليه وكلام المتعنت مردود فيقول الآخر بلامعارض وأما التوجيه بأن الظاهر الصحة الى آخره فيخص بأحقيقة تشبهته في غير هذا المحل والمراد هنا توجيه الاتفاق على أن القول للآخر وهو ما لا يقول ان القول للمدعى الصحة دائما ليعلاها هنا بظهورها في مباشرة العقائد ( وفي عكسه ) بأن ادعى رب السلم شرط الردى وأنكر المسلم اليه الشرط أصلا لم يذكره محمد في الكتاب ( وقالوا ) أي المشايخ يجب ( أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة ) وهو قول الشافعي ( لانه يدعى الصحة وان كان صاحبه منكرا ) وكلامه خصومة ( وعندهما القول للمسلم اليه لأنه منكرا وان أنكر الصحة ) وسيقرر المصنف الوجه في تلك المسئلة التي تلي هذه ( ولو قال ) ( المسلم اليه لم يكن فيه أجل وقال رب السلم فيه أجل فالقول قول رب السلم ) أي بالاتفاق وكذا في مقداره وهو قول الشافعي لان كلام المسلم اليه هنا تعنت لانه ينكر ما يتقعه وما هو حقه ( وهو الاجل ) لان الاجل لترفيه المسلم اليه وهذا استحسان وأورد عليه ينبغي أن يكون القول لمن يدعى الفساد لان المسلم فيه لما كان في العادة يروى رأس المال كان انكار المسلم اليه الصحة خصومة فلا يكون متعنتا وهذا الايراد هو وجه القياس فأجاب عنه المصنف بقوله ( والفساد لعدم الاجل ليس متيقنا ) حتى يكون انكاره انكار الصحة دافعا لزيادة المسلم فيه لان السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين ( فلا يعتبر النفع في رد رأس المال ) لانه ليس بلازم قطعاً ( بخلاف عدم الوصف ) كالرداءة ومحورها على ما تقدم فانه ملزم قطعاً للفساد ( وفي عكسه ) وهو أن يدعى المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره ( القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقالة عليه ) وهو زيادة الربح الكائن في قيمة السلم فيه على ما دخل في يده من رأس المال فصار ( كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر

جائز عند الشافعي واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد رأس المال فلا يكون النفع رد رأس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان بناء المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح فالاولى أن يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة ان ثبت ذلك وليس عطايا لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو أن يدعى المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقالة وكل من هو كذلك فالقول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر

( قوله وان كان رديا ) أقول مسلم اذا علم اشتراط العقادين رد المودعة في السلم فيه ( قوله فنسكرك صحة الصورة الخ ) أقول الا صوب أن يقال فالمدعى صورة منكرا في المعنى لطابق السؤال والاستشهاد ( قوله لكنه مدع ) أقول ان له حتى الضم

استحقاق الربح وان أنكر الصحة وعند أبي حنيفة القول قول المسلم اليه لانه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان السلم عقد واحد اذا السلم الحال فاسد ليس به عقد آخر واختلاف في جوازه وفساده وكأنه متفقين على الصحة ظاهرا لو جهن أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد التزام بشرائطه والاجل من شرائط السلم فكان اتفقا على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر به مدعى في نقض ما تم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فانهم اذا فسدت كانت اجارة واذا صححت كانت شركة فاذا اختلفا لم يدعى للصحة مدعى لعقد والفساد مدعى لعقد آخر خلافة ووحدة العقد عند (٣٥٣) الاختلاف في الجواز والفساد تستلزم اعتبار الاختلاف للموجب للتنافض

استحقاق الربح وان أنكر الصحة وعند أبي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فيجب مجرد دعوى استحقاق الربح أما السلم فلازم فصارا لاصل ان من خرج كلامه نعتنا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول للمدعى الصحة عنده وعندهما المنكر وان أنكر الصحة

استحقاق (زيادة الربح) وان تضمن ذلك انكار الصحة ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط لان على هذا التقدير القول للمضارب ولان انكاره الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا وعند أبي حنيفة القول للمسلم اليه وهو قول الشافعي (لانه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا) اذا اظهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ولانه هو المفيد لتمام الفرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجهه لا يجب نقضه ورفع شراؤه لان شرط الشيء تبع له فالاتفاق على صدور هذا العقد اتفاق على صدوره وشراؤه فانكار الاجل انكار بعد الاقرار ظاهرا فلا يقبل وصار كالأختلاف الزوجان في التزويج بشهود أو بلاشهود فالقول لمن يدعيه بشهود (بخلاف المضاربة) لانه أي عقد المضاربة (ليس بلازم) ولهذا يتمكن رب المال من عزله قبل شرائه برأس المال وكذا المضارب له فسخه واذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما واذا ارتفع بقي دعوى المضارب في استحقاق الربح ورب المال ينكره فالقول له (أما السلم) عقد لازم فلا يرتفع بالاختلاف فكان مدعى الفساد متناقضا ظاهرا كما ذكرنا لان عقد المضاربة اذا صح كان شركة واذا فسد صار اجارة فلم يتفقا على عقد واحد فان مدعى الفساد يدعى الاجارة ومدعى الصحة يدعى الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد بخلاف السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الاجل سلم فاسد لا عقد آخر فلهذا يحتج به في عينه لا بسلم في شيء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده فالقول للمدعى الصحة واستشكل بما قال في المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة فان القول للمضارب ولم يبق لاختلاف في نوع العقد أجيب بأن المضارب ادعى الشركة والصحة ورب المال أقبره بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم قوله وزيادة عشرة عطف عليه يدعى الفساد لان أول الكلام لا يتوقف على آخره فيه بخلاف قوله الا عشرة بالاستثناء فانه يتوقف ان صدر الكلام مع الاستثناء كلام واحد قيل فيه تطرلان في الاصول فيما اذا زوجه الفضولي أختين في عقدتين فقال أجزت نكاح هذه وهذه يفسدان لانه توقف أوله على آخره بوجود الغير في آخره وان كان بحرف العطف وأورد أيضا بما اذا قال تزوجتك وأنا صغير وقالت بل بعد

المردود لو حدة المحل وعدم وحدته تستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل واما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو تناقض فلم يعتبر الانكار وأما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعى استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المصنف رحمه الله عن الوحدة بالزوم لانه بالفساد لا يتقلب عقدا آخر وعن غيرهما غير الزوم لا يتقلب عقدا آخر عند الاختلاف فان قيل هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكك بما قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لابل شرطت لي نصف الربح فان القول للمضارب وكان

الواجب أن لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب أن العذر بلوغ المذكور كان مبنيا على اتفقا وورد النبي والاثبات على محل واحد وهما قد ورد عليه لان رب المال قد أثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقر بالمعطوف عليه كما اذا شهد أحد الشاهدين بألف والاخر بألف وخمسمائة على ماسأني فيكون النبي والاثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول للمدعى الصحة وهو المضارب كافي السلم وهذا المحل مختص بهذا الكتاب وجهه المقل دموعه

(قوله والثاني ان الاقدام على العقد التزام بشرائطه) أقول لشرائط العقد أول شرائط صحته الاول مسلم وليس الاجل من شرائط العقد بل من شرائط صحته والثاني غير مسلم

قال (ويجوز السلم في الثياب اذا بين طول او عرض او رقعة) لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه

بلوغك فالقول للزوج مع انه يدعي فساد العقد أحجب بأنه ما أقر بأصل العقد بل أنكره حيث أسنده الى حال عدم الاهلية \* واعلم أن انكار الاجل على ثلاثة أوجه أحدها في أصل الاجل وهي مسئلة الكتاب والثاني في مقدار الاجل والقول فيه قول من يدعي الأقل مع عينه فان قامت بينة لم يدعي الا كتر قضي بها وان قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبت الزيادة والثالث في مضى الاجل اذا قال رب السلم مضى الاجل المسمى وقال المسلم اليه لا فالقول قول المسلم اليه مع عينه لانه ينكر بوجه المطالبة عليه ومن أقام بينة قضى له فان أقامها فالبينة بينة المطالب لانها تثبت زيادة الاجل وهذا الاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لفرقة لافلان في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة يعني انه ما هو فانهم ما يتحالفان لان الوصف جار مجرى الاصل وفي الخلاصة اذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى انه جيد وأنكر الطالب فالقاضي يرى ان اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط وأواحد يكتفي فان قال الجيد أجبر على القبول واذا اختلفا في السلم يتحالفان استحسانا ويبدأ بيمين المطالب عند أبي يوسف ثم يرجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحدهما بينة قضى بها وان قامت لهما بينة قضى بيمينه رب السلم بسلم واحد عند أبي يوسف والمسئلة على ثلاثة أوجه لان رأس المال امة ابن أودين وكل وجهه على ثلاثة أوجه اتفقوا على رأس المال واختلفا في السلم فيه أو على القلب أو اختلفا فيهما فان كان رأس المال عينا واختلفا في السلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كرخنطة وقال الآخر في نصف كراوفي شعير وفي الخنطة الرديئة وأقاما قضى بيمينه رب السلم بالاجماع وان اختلفا في رأس المال فقال أحدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا على السلم فيه انه الخنطة أو قال أحدهما هذا الثوب في كرخنطة وقال الآخر في كرشعير وأقاما البينة قضى بالسلمين نعمد مر على أصله وأبو يوسف يقول كل يدعي عقدا غير ما يدعيه الآخر وان كان رأس المال دراهم أو دنانير ان اتفقا على رأس المال واختلفا في السلم فيه وأقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضى بسلم واحد عند أبي يوسف خلافا ل محمد وان كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف ولو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة دراهم في كرى حنطة وقال الآخر خمسة عشر في كرا وأقاما فعند أبي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضى بسلمين وعند محمد يقضى بسلمين عقدا بخمسة عشر في كرا وخمسة عشر في كرين ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكر هذا و ينبغي أن يقضى بسلمين كافي الثوبين وفيها أسلم في ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد وقال خذ هذا وزدني دراهم فعلى وجوه اما ان كان كيليا أو وزنيا أو ذريا في الكيل في السلم في عشرة أقفزة فجاء بأحد عشر وقال زدني درهما جاز لانه باع قفيزا بمن معلوم ولو جاء بتسعة وقال خذ وأرد عليك درهما فقبل جاز أيضا فانه اقالة في البعض فيجوز كافي الكل ولو جاء بحنطة أجود أو أرد فأعطى درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز وقد مناته في الاردا والاجود ويجوز بالاجماع اذا لم يكن معه شيء آخر وفي الثوب ان جاء بأز يد ذراع وقال زدني درهما جاز وهو بيع ذراع بدرهم يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفردا وكذا اذا أتى بالزيادة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بأنقص فرده معه درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد لانه اقالة فيما لا يعلم حصته لان الذراع وصف وحصته مجهولة هذا اذا لم يكن لكل ذراع حصة فان بين جاز بخلاف وكذا لو جاء بأنقص وصفا لا يجوز ولو بازيد وصفا جاز الكل في الاصل (قوله ويجوز السلم في الثياب اذا بين طول او عرض او رقعة لانه اسلم في معلوم) والرقعة يراد بها قدر ولا خلاف في هذا بل في اشتراط وزنه اذا كان حريرا فان عند باقي الائمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر وكذا

قال (ويجوز السلم في الثياب الخ) السلم في الثياب جاز اذا بين الطول والعرض والرقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه ونخاته لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حرير وهو المتخذ من الابريسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه أيضا لان قيمة الحرير يختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده لان المسلم اليه رعاياتي وقت حلول الاجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك عمدا لاهماله وأما في الثياب فالوزن ليس بشرط وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله اشتراط الوزن في الوزاري وما يختلف بالنقل والحنة

قال (ولا يجوز السلم في الجواهر الخ) العدي الذي متفاوت أحاده في المالية كالجواهر والألأ كى والمان والبطيخ لا يجوز السلم فيه لافضائه الى النزاع وفي الذي لا متفاوت أحاده كالخوز والبيض جازاذا كان من جنس واحد وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيه لانه مما يعلم بالوزن (ولابأس بالسلم في اللبن والآجر) اذا اشترط فيه مبلغا معروفا لانه اذا سمي المبلغ صار التفاوت بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيلحق (٣٥٤) بالعدي المتقارب قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره

جاز السلم فيه الخ) هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز فيه بحث من وجهين أحدهما أنه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا يعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل ماليس بانسان ايس بحيوان والثاني أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة أولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول أن جواز السلم يستلزم إمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم فليسلم في كبل معلوم الحديث وحينئذ كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو يتعكس الى قولنا كل ماليس بانسان ليس ناطق وعن الثاني أن تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع أصول الفقه وأما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع

(ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز) لان أحادها متفاوتة تفاوتافا حشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن (ولابأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمي مبلغا معلوما) لانه عدي متقارب لاسيما اذا سمي المبلغ قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) لانه لا يقضى الى المنازعة (وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه) لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة (ولابأس بالسلم في طست أو قفص أو خفين أو نحو ذلك اذا كان يعرف لاستجماع شرائط السلم (وان كان لا يعرف فلا خير فيه) لانه دين مجهول قال (وان استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) للاجماع الثابت بالتعامل

يجوز في البسط والاكسية والمسوح والجواهر والبورق والباين الطول والعرض والصنعة وكل ما اختلفت قيمته بالخفة والنقل من الثياب عرفا كالوذاري بشرط بيان وزنه ولو كان البيع ناجرا في المنتقى اذا باع ثوب حريري يدا بيد لا يجوز الاوزنا ووزن وهذا هو الصحيح في السلم بخلاف البيع لان الإشارة يكتب في ثوب يفها في البيع غاية الامر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد قفزان الصبرة وهو غير مانع وفي الطول يدا كعدد الدرعا يجب أن يتوسط عند الذراع بين ارجاء الثوب ومده ان كان الذراع مختلف الطول فلا بد من تعيينه الا أن يكون أحدهما هو المتعارف واذا دخل ثياب الحرير للوزن لزم أن لا يجوز بيعها بجنسها جازا فلذا ذكر القدوري أن بيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الاوزنا كما وانى الصفر (قوله ولا يجوز السلم في الجواهر) بخلاف الامساك (ولا في الخرز لان أحادها متفاوتة تفاوتافا حشا) في المالية فان الجواهر تين قد يتحدان وزنا ويختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة اللهم الا في الصغار التي تدق للكحل والتداوى ويجوز وزنا (ولابأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمي مبلغا معلوما) لانه عدي متفاوت اذا سمي المبلغ وقوله (لا سيما اذا سمي الى آخره) يعطى أنه متقارب فلا تشترب سمية المبلغ بل اذا سمي يكون أحسن وليس كذلك بل متفاوتة تفاوتافا حشا وذكر بعضهم انه لا يجوز بيع مائة آجرة من أتون وفي عرف بلادنا يسمى قينا وقيرا وهو الذي يبنى ايشوى فيه الآجر والحجارة تعمل حبرا لانه يتفاوت في النضج تفاوتافا حشا فلا يجوز بيعه وألحقناه في السلم بالتفاوت المتقارب (قوله وكل ما أمكن ضبط صفته الى آخره) لا خلاف فيه كالقطن والكتان والابرسم والخماس والتبر والحديد والرصاص والصفر والحناء والوسمة والرياحين اليابسة والجندوع اذ اباين طول وعرض او غلطا والقصب وصنوف الاخشاب ويجوز السلم في التبن كيل بالغرائر وقيل هو موزون وقيل يعتبر المتعارف وفي عرفنا كبله في شباك الليف يسمى به أهل العرف شنيقا (قوله ولا بأس بالسلم في طست أو قفص أو خفين أو نحو ذلك) كالكوز والآنبة من النحاس والزجاج والحديد والفلنسوة والطواجن اذا ضبط واستقصى في صفته من الغلط والسعة والضيق بحيث يتصور فلا يتفاوت الا يسيرا (قوله وان استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر اصنع لي فخاطوله كذا وسعته كذا أو دستاى برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا

المتقدمة (ولابأس بالسلم في طست أو قفص أو خفين أو نحو ذلك اذا اجتمع فيها شرائط السلم والا فلا خير فيه) أى لا يجوز كذا لان الجواز خير فينتفى قال (وان استصنع شيئا من ذلك بغير ذكر الاجل جاز الخ) الاستصناع هو أن يجي انسان الى صانع فيقول اصنع لي شيا صورته كذا وقدرة كذا بكذا درهم او يسلم اليه جميع الدراهم أو بعضها أو لا يسلم وهو لا يتخلو اما أن يكون فيما فيه تعامل واليه أشار بقوله شيئا من ذلك أى مما تقدم من طست وقفص وخفين أولا والثاني لا يجوز قياسا واستحسانا كما سيجي والاول يجوز استحسانا (قوله أحدهما انه عكسها الخ) أقول فيه انه ليس عكس الاول بل الحكم الكل في الثاني لاتفاء الشرط فتأمل

والقياس يقتضي عدم جواز له لأنه بيع المعدوم وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع مال ليس عند الإنسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل إليه أشار قوله بغير أجل وجه الاستحسان الإجماع الثابت بالتعامل فإن الناس في سائر الأعمار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير تكبير والقياس يترك مثله كدخول الحمام ولا يشك في المزارعة فإن فيها للناس تعامل وهي فاسدة عند أبي حنيفة رجه الله لأن الخلاف فيها كان ثابتاً في الصدر الأول دون الاستصناع واختلفوا في جواز مهل هو بيع أو ععدة والصحيح أنه بيع لأعده وهو مذهب عامة مشايخنا وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينقذ العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغاً ولهذا ثبت لكل واحد منهما الخيار وجه العامة أنه سماه في الكتاب بيعاً وأثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان ولا أنه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما إذا طلب من الحائك أن ينسج له ثوباً بغزل من عنده (٣٥٥) أو الخياط أن يخط له قيصاً بكرة باس

من عنده والمواعدة تجوز في الكل وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة ألا ترى أنهم إذا ابتاعوا عرضاً بعرض ولم يركل واحد منهما ما اشتراه فإن لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فإن قيل كيف يجوز أن يكون بيعاً والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعاً أجاب (بأن المعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً) كالنسيئة للتسمية عند الذبح فإن التسمية جعلت موجوداً لعدم النسيان والطهارة المستحاضة جعلت موجودة بعد جواز الصلوات لثلاثتضاع الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجوداً حكماً للتعامل فإن قيل إنما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعقود عليه هو الصنع أجاب (بأن المعقود عليه

وفي القياس لا يجوز لأنه بيع المعدوم والصحيح أنه يجوز بيعاً لأعده والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز كذا بكذا ويعطى الثمن المسمى أو لا يعطى شيئاً فيعقد إلا أن خرمه جاز استحساناً تبعاً للعين والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي إلا لا يمكن إجارته لأنه استجار على العمل في ملك الأجير وذلك لا يجوز كقولنا جـ ل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا بكذا أو أصبح ثوبك أجرك بكذا لا يصح ولا يباع لأنه بيع معدوم ولو كان موجوداً لم يجر فإذا كان معدوماً فهو أولى بعدم الجواز ولكن يجوزناه استحساناً للتعامل الرابع إلى الإجماع المسمى من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليوم بلانكبر والتعامل به هذه الصفة أصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمتي على ضلالة وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتماً واحنجم صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام مع أن مقدار عمل الحجامة وعدد كرات وضع الحجام ومصها غير لازم عند أحد ومثله شرب الماء من السقاء وسمع صلى الله عليه وسلم بوجود الحجام فأباحه بمنزلة شرطاً وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الآن وهو أن لا يذكر عدد ما يصبه من ملء الطاسة ونحوها فقصراً على ما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه رجعتنا فيه إلى القياس كأن يستصنع حائكاً أو خياطاً لينسج له أو يخط قيصاً بغزل نفسه ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلة وصاحب المنثور مواعدة وإنما ينقذ عند الفراغ بيعاً بالتعاطي ولهذا كان الصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم والمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة وكذا المزارعة على قول أبي حنيفة لفسادها مع التعامل أثبت الخلاف فيهما في الصدر الأول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جواز بيعه لأن محمداً ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة ولأنه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز في الكل وسماه شراء فقال إذا رآه المستصنع فهو بالخيار لأنه اشترى ما لم يره ولأن الصانع يملك الدراهم قبضها ولو كانت مواعدة لم يملكها وأثبت أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير بيع ألا ترى أن في بيع المقايضة لو لم يركل من ماعين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعدوم موجوداً وفي الشرع كثير كذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح إذا نسيها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم وقوله (والمعقود عليه العين دون العمل) نفي لقول أبي سعيد البردعي

هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي فإنه يقول المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعرض بأنه لو كان بيعاً لم يطل بموت أحد المتعاقدين لكنه يبطل بموت أحدهما ذكره في جامع قاضيان وأجيب بأن الاستصناع شبه بالاجارة من حيث أن فيه طلب الصنع وهو العمل وشبه بالبيع

(قوله ولهذا ثبت لكل واحد منهما الخيار) أقول أي في رواية عن أبي حنيفة (قوله ألا ترى أنهم إذا ابتاعوا الخ) أقول ولما حكم الشهيد أن يقول فيما ذكرتم كل واحد منهما لم يره فذلك وفيما نحن فيه لا يمكن أن يجعل الصانع مشترياً لم يره فلا وجه لخياره إلا ما قررناه فتأمل (قوله فإن قيل إنما يصح ذلك الخ) أقول الحصر ممنوع فإنه يجوز أن يبيع الصانع المعدوم موجوداً إلا أن يقال المشار إليه بقوله ذلك كونه بيعاً لا اعتباراً بموجود

من حيث ان المقصود منه العين المستصنع فليشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت أحدهما وليس به بالبيع وهو المقصود أجز ينافسه القياس والاستحسان وأثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل أي فرق بين هذا وبين الصباغ فان في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محضه أجيب بأن الصبغ أصل والصبغ آله فمكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجر وهما الأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بينهما مال يمكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل أشبه الاجارة في حكم واحد لا غير (ولا يتعين) المستصنع (الا باختيار) المستصنع (حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله) أي كونه بيعا لا عده وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعيينه بالاختيار (هو الصحيح) وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك قال (وهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه الخ) أي المستصنع بعد الرؤية بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه لانه اشترى مالم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على العمل لانه بائع مالم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الأصح بناء على جعله بيعا لا عده وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفعه الضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وانما خلاف الخيط وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا أولا وأما المستصنع فلان الصانع أنف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى مثله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتر به بمثله الا ترى أن الواعظ اذا استصنع منبر او لم يأخذه فالعالم لا يشتر به أصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا أجيب بجواز أن يكون الرضا (٣٥٦) على ظن أن المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك

لجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام أجيب بأن خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم أقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها لافي حيازة اجتهاد جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة بمهر ثم بلغت فان لها اخبار البلوغ فان سكنت لجهلها بأن لها

ولا يتعين الا باختيار حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال (وهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه) لانه اشترى مالم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح لانه بائع مالم يره وعن أبي حنيفة رحمه الله ان له الخيار أيضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا أولا وأما المستصنع فلان في إثبات الخيار له اضطرار بالصانع لانه ربما لا يشتر به غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالتياب لعدم الجور وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا أمكن اعلامه بالوصف ليتمكن التسليم وانما قال بغير أجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير مسلما عند أبي حنيفة لعلافا لهما ولو ضرب به فيما لا تعامل فيه يصير مسلما بالاتفاق لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح

المعقود عليه العمل لان الاستصناع ينشأ عنه كما قلنا والاديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لانه اشترى مالم يره ولذا وجابهه مفر وغالما من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز وانما تبطل بموت الصانع لشيء به بالاجارة وفي الذخيرة هو اجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قيل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا اذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى المصنوع من تركه ذكره محمد في كتاب البيوع فان قيل لو انعقد اجارة أجبر الصانع على العمل والمستصنع على

الخيار بطل خيارها لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها ولا يجوز اعطاء الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقصان ابقاءه على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير أجل في أول المسئلة احتراز عما اذا ضرب له أجل فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون مسلما عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وأما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير مسلما بالاتفاق والراد بضرب الاجل ما ذكره على سبيل الاستسجال أما المذهب المذكور على سبيل الاستسجال بان قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد لا يصير مسلما لان ذكره حينئذ للفراغ لالتأخير المطالبة بالتسليم ويحكى عن الهند وأبي أن ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستسجال فلا يصير به مسلما وان كان من قبل الصانع فهو سلم لانه يتركه على سبيل الاستسجال وفيما اذا صار مسلما يعتبر شرائط السلم المذكورة لهم في الخلافية ان اللفظ حقيقة في الاستصناع وتقر برأه ان ذكر الاستصناع يقتضي أن لا يكون مسلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو يمكن العمل وذكر الاجل يقتضي أن يكون مسلما لكنه ليس بمعكم فيه بل يحتمل أن يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحمول فيعمل الثاني على الاول (بخلاف ما لا تعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح

(قوله وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا) أقول ذكره قبل أسطر وهو قوله لانه بائع مالم يره (قوله اختيار بعض المتأخرين الخ) أقول بل هو ظاهر الرواية عن أئمتنا لانه لا منافاة بينهما فقامل (قوله وفيه نظر لأن غير الاب الخ) أقول لا يخفى عليك ان ما لك هذا النظر التام على السند الاخير وانه لا يجدي نفعا (قوله يعتبر شرائط السلم) أقول من تعجل راس المال واستقصا الوصف

ولابى حنيفة رحمه الله أنه دين يحتمل السلم) وتقريره لا نسلم أن اللفظ محكم في الاستصناع فان ذكر الاجل أدخله في حيز الاحتمال واذا كان محتملا للامرين كان جملة على السلم أولى لان جوازها بالاجماع بلا شبهة فيه (وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة) يريد به أن في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم ثابت بآية المداينة والسنة دون الاستصناع

(٣٥٧)

﴿مسائل منشورة﴾

أى هذه مسائل من كتاب البيوع نشرت عن أبوابها ولم تذ كرعة فاستدركت بذ كرها ههنا قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع) بيع الكلب وكل ذى رب من السباع جائز معلما كان أو غير معلم في رواية الاصل أما الكلب المعلم فلا شذ في جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لانه منتفع به حقيقة وشرعا فيكون مالا وأما غير المعلم فلا يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه وينع الاجانب عن الدخول في بيته ويحجز عن الخافي بنجاحه فساوى المعلم في الانتفاع به (وعن أبي يوسف أن بيع الكلب العقور أى الجارح لا يجوز لانه غير منتفع به) ولانه صلى الله عليه وسلم نهى عن امساكه وأمر بقتله قلنا كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد والماشية أو للزرع

وعدم جواز خيار الرؤية (قوله يريد به أن في فعل

ولابى حنيفة انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى والله أعلم

﴿مسائل منشورة﴾

قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به

اعطاء المسمى أجيب بأنه انما يجبر الصانع لانه لا يمكنه الا بالتسلف عين له من قطع الادب ونحوه والاجارة تفسخ به هذا العذر ألا ترى أن المزارع له أن لا يعمل اذا كان البذر من جهته وكذا رب الارض لانه لا يمكنه المضى بهذه الاجارة الا بذلك والمستصنع ولو شرط تجديله لان هذه الاجارة في الآخرة كشر اعماله ولان جواز الاستصناع للعاجلة وهي في الجواز لا لزوم ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لان العقد غير لازم وأما بعد ما رآه فلا يصح أنه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع أجبر على دفعه لانه بالآخرة بائع والله أعلم

﴿مسائل منشورة﴾

المسائل التي تشد عن الابواب المتقدمة فلم تذ كر فيها اذا استدركت سميت مسائل منشورة أى منفردة عن أبوابها (قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) هكذا أطلق في الاصل فنبى بعضهم على اطلاقه كالفهد دورى وفي نوادر هشام عن محمد بن نصر على جواز بيع الكلب العقور وتضمن من قتله قيمته وروى الفضل بن غانم عن أبي يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى هذا منى في المسوط فقال يجوز بيع الكلب اذا كان بحال يقبل التعليم ونقل في النوادر أنه يجوز بيع الجرو لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب قال وهكذا نقول في الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد لا يجوز قال والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز بيع الثمر بحال لانه لشربه لا يقبل تعليميا وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة رواية الحسن الجواز ورواية أبي يوسف بالمنع وقال أبو يوسف أكره بيعه لانه لا منفعة له انما هو لله وهذه جهة محترمة وجه رواية الجواز أنه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية اطلاق بيع الكلب والسباع فانه مبني على أن كل ما يمكن الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهر لانه ما تصطاد بالفأر والهوام المؤذية فهي منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الارض كالخنائس والعقارب والفأرة والنمل والوزغ والقنافذ والضب ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان وذ كر أبو الليث أنه يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها في الادوية وان لم ينتفع فلا يجوز ويجوز بيع الدهن النجس لانه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين وأما العذرة فلا ينتفع بها الا اذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها الا بخلها بالتراب

الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة) أقول ظاهره مخالف لما أسلفه في رأس الحقيقة السابقة من الفرق بين الاستصناع والمزارعة ثم أقول قال الانتقائي في تعليل الشبهة لأن السافعي يكره الاستصناع انتهى وأنت خير بان قول الشارح أقرب من قول الانتقائي

﴿مسائل منشورة﴾

(وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت مهر البغي وغن الكلب) السحت هو الحرام والبغي الزانية  
فعل عمى فاعل وترك التاء الحاقا بفعل بمعنى مفعول كفولهم ملحفة جديد (ولانه نجس العين) بدلالة نجاسة سؤره فانه متولد من اللحم  
وما كان كذلك لا يجوز بيعه (٣٥٨) لان النجاسة تشعر به وان المحل وجواز البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة

ثابتة فكان البيع منتفيا  
(وانما أن النبي صلى الله عليه  
وسلم نهى عن بيع الكلب  
الكلب صيدا أو ماشية)  
وهي التي تحرم المواشي  
واعترض بأن الدليل  
أخص من المندى فان  
المدعى جواز بيع الكلاب  
مطلقا والدليل يدل على  
جواز بيع كلب الصيد  
والماشية لا غير وأجيب  
بأن ذكره لا يبطال شمول  
العدم الذي هو مدعى الخصم  
وأما اثبات المدعى فثبت  
بحديث ذكره في الاسرار  
برواية عبد الله بن عمرو بن  
العاص رضي الله عنه أنه  
قال قضى رسول الله صلى  
الله عليه وسلم في كلب  
بأربعين درهما من غير  
تخصيصه بنوع وفيه نظر  
لان الطحاوي حدث في  
شرح الآثار عن يونس  
عن ابن وهب عن ابن جريج  
عن عمرو بن شعيب عن أبيه  
عن جده عبد الله بن عمرو أنه  
قضى في كلب صيد قتله  
رجل بأربعين درهما وهذا  
مخصوص بنوع كما ترى  
وقيل الاستدلال يدل على  
جواز بيع الكلب  
المعلم وغير المعلم سوى العقور

وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت مهر البغي وغن الكلب  
ولانه نجس العين والنجاسة تشعر به وان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكانا متنافيين ولنا أنه  
عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيدا أو ماشية

المخلوط بخلاف الدم يمتنع مطلقا (قوله وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب) مطلقا سواء كان للصيد  
أو لم يكن وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغي أن يتخذ  
في داره الا ان خاف لصوا أو أعداء الصيد الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيدا أو ماشية نقص من  
أجره كل يوم فبطان وجه قوله ما روى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطية بن  
أبي رباح عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وغن الكلب وكسب الحجام من  
السحت وأخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف وفي الصحيحين عن أبي مسعود الانصاري أن رسول  
الله صلى الله عليه وسلم نهى عن غن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر أن  
النبي صلى الله عليه وسلم زجر عن غن الكلب (ولانه نجس العين والنجاسة تشعر به وان المحل والبيع  
برفعته) فلا يجتمعان وعارضه المصنف بوجهين أحدهما (أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع  
الكلب الا كلب صيدا أو ماشية) وهو غريب بهذا اللفظ ثم أخرج الترمذي عن أبي هريرة قال نهى  
النبي صلى الله عليه وسلم عن غن الكلب الا كلب صيدا وضعفه الترمذي قال وقد روى أيضا عن جابر  
مرفوعا ولا يصح اسناده والا حديث الصحيح ليس فيها هذا الاستثناء لكن روى أبو خنيفة في مسنده  
عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في غن  
كلب الصيد وهذا سند جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من أثبات التابعين فهذا الحديث على  
رأيهم يصلح مخصصا والمخصص بيان للرد بالعام فيجوز ان كان دونه في القوة عندهم حتى أجازوا تخصيص  
العام القاطع بخبر الواحد ابتداء بطل مدعاهم من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يعمل ويخرج  
من العام مرة أخرى وتدل على إخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه منتفعا به وخصوص الاصطياد لمغى  
اذ لا يظهر موجب لذلك فصار الكلب المنتفع به خارجا سواء انتفع به في صيد أو حراسة ماشية وخارج  
العقور ومن مشى من أهل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب يقول كل كلب تنأى منه الحراسة  
فيجوز بيع الكل ويرد عليه أنه حينئذ نسخ ما لو جاز العام بالتعديل ولا نسخ بقياس فالوجه أن يعمل  
دليل التخصيص ينفع لا ترادف عليه مفسدة ويدعى في العقور أن مفسدته ترادف على منفعة حراسته لان  
منفعته خاصة يقترن بها ضرر عام للناس فيخرج ما سواه وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث  
فحكم بأنه ليس دليل على المذهب بل ذكره لنفي مذهب الخصم أعنى شمول المنع فيحتاج بعده إلى  
دليل المذهب وإيسر الوجه الثاني وعلى تقريرنا يتم الاول أيضا وقد استدل في الاسرار وغيره من  
الشروح على عموم بيع الكلب بأن عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم  
أنه قضى في كلب بأربعين درهما ولم يخص نوعا من أنواع الكلاب وهذا الحديث أولا لا يعرف  
الا موقوفا حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الاعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو  
بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما وقضى

والحديث يدل على الاول والثاني ملحق به دلالة

في

(قوله وترك التاء الحاقا الخ) أقول ويجوز أن يكون ترك التاء فيه كترك التاء في حامل وحائض (قوله كفولهم ملحفة جديد) أقول  
ويجوز أن يكون ترك التاء فيه على تأويل الملحفة بالعاف (قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب بأربعين درهما الخ) أقول  
ولو سلم فهذا حكمه حال فلا عموم له

(ولانه منتفع به حراسة واصطياد) لف ونشر (فكان مالا فيجوز بيعه) واعترض بوجهين أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك لا يدل على مالبة بعينه كالأدعي ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال والثاني أن شعر الخنزير ينتفع به الاساكفة وليس بمال وأجيب عن الاول بأن الانتفاع بمنفعة الكلب يقع بتملك العين لا قصد في المنفعة لأن ترى أنه يورث والمنفعة وحدها لا يورث فخرى يجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع مالا يؤكل لحمه وعن الثاني بأن الخنزير يحرم العين شرعا فثبتت الحرمة في كل جزء وسقط التقوم والاباحة لضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة فيما عداها كإباحة لحمه (٣٥٩) حالة المخصصة واذا ثبت أن مناط

الحكم الانتفاع ثبت في الفهد والنمر والذئب بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنا بغير لانها لا ينتفع بها (قوله والحديث محمول) جواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي وتقريره مروي عن ابراهيم أنه قال روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه رخص في غن كلب الصيد وذلك دليل على تقديمه نهي انتسخ فانهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها ففسق ذلك عليهم فأمر بابطال الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في غن ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز أن يقال الحديث مشترك الزام لانه قال غن الكلب والتمس في الحقيقة لا يكون الا في المباحة (قوله ولا نسلم نجاسة العين)

ولانه منتفع به حراسة واصطياد افكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم تناول دون البيع

في كلب ماشية بكبش ونائبها هو واقعة حال لا توجب العموم في أنواع الكلاب فجعلها دليلا على العموم خطأ ظاهر نائبها هو قوله (ولانه ينتفع به حراسة واصطياد افكان مالا) يعني مالا يملكه متقوما أما كونه مالا فلا أن المال اسم لغير الادعي خلق لمنفعة المطلقة شرعا وهذا كذلك فكان مالا وأما انه يملك متقوم فلانه محرز مأذون شرعا في الانتفاع به والملك يثبت بالأحرار بدار الاسلام والتقوم بالتمول وكلاهما مأذون فيه شرعا اذ قد أذن الشرع في اقتناء كلب الماشية والصيد واذا كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى أن هذا المعنى لا يرجع على النص الصريح الصحيح غاية ما في الباب أن يسلم أنه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال فأجاب المصنف بادعاء نسخ المنع من ذلك وذلك لما قلنا أول الكتاب من أن الامر بقتل الكلاب كان أمرا محققا في الاول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ما حدث الطحاوي عن أبي بكره قال حدثنا سعيد بن عامر قال حدثنا شعبة عن أبي التياح عن مطرف عن عبد الله بن المغفل قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال مالي والكلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه سعيد ولهذا المعنى طرق كثيرة وجب حل ما روى من التشديد في سورها والنهي عن غنمها وبيعها ثم الترخيص في بيع النوع الذي أذن في اقتنائه الاول على الحالة الاولى والثاني على الثانية فكان منع البيع على العموم منسوخا باطلاق بيع البعض بالضرورة وأجاب عن قوله نجس العين بالمنع بدليل اطلاق الانتفاع به قال (ولو سلم فنجاسة عينه توجب حرمة أكله لا منع بيعه) بل منع البيع بمنع الانتفاع شرعا ولهذا أجربا بيع السرقة والبرع مع نجاسة عينها مالا اطلاق الانتفاع به ما عندنا بخلاف العذرة لم يطاق الانتفاع بها فنعى بيعها فان ثبت شرعا اطلاق الانتفاع بخطة التراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كاقيل جاز بيع ذلك التراب التي هي في ضمنه وبه قال مشايخنا وانما امتنع بيع الحر لخص خاص في منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال سألت ابن عباس عما يعصر من العنب فقال ابن عباس رضي الله عنه ما نرجو إلا هدى إلى النبي صلى الله عليه وسلم راوية خير فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت أن الله حرم شرها قال لا قال فسألت ابن عباس عما له رسول الله صلى الله عليه وسلم سارته قال أمرته ببيعها فقال ان الذي حرم شرهم أحرم بيعها قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها وأخرج البخاري عن جابر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفخ يقول وهو بمكة ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقبل يارسول الله رأيت شحوم الميتة فانه يطل بها الهفن ويدهن بها الجلود يستصحب بها الناس قال لا هو حرام ثم قال فأنزل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوه فباعوه وأكلوا غنمه وهذا يتم به شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة

جواب عن استدلاله بالمنع قول بالمنع فان غلبه في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سلم فيحرم تناول دون البيع كالسرقة عندنا على ما سيجيء

(قوله ويجوز أن يقال الخ) أقول أي في الجواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي (قوله والتمس بالحقيقة لا يكون الخ) أقول له أن يقول اطلاق التمن مجازا لكونه مصورا بصورته وقرينة الجواز قوله عليه الصلاة والسلام ان من السمحت كما في مهر البغي وفي حرم بيعها أو كل غنما

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لغير جازر يعني أنه باطل وتقدم وقوعهما مبيعاً وتماوماً بغيره على ذلك في البيوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم أن الذي حرم شرهما حرم بيعهما وأكل غنما قال محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا محمد بن قيس أن رجلاً من ثقيف يكنى أبا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام رابية من خرفاً هدى إليه في العام الذي حرمت رابية كما كان يهدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عامر إن الله تعالى قد حرم الخمر فلا حاجة لنا بخمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بئنها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عامر إن الذي حرم شرهما حرم بيعهما وأكل غنما قال (وأهل الذمة في البيعات كالمسلمين) قال محمد في الأصل لا يجوز بيع أهل الذمة إلا بأول بيع الحيوان (٣٦٠)

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام أن الذي حرم شرهما حرم بيعهما وأكل غنما ولا نه ليس بمال في حقهنا وقد ذكرناه قال (وأهل الذمة في البيعات كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولا أنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال (الافى الخمر والخنزير خاصة) فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنهم أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر ولوهم بيعها ونحو ذلك والعشر من أثمانها قال (ومن قال لغيره ببيع عبدك من فلان بألف درهم على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جازر وبأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضمين)

وقوله (وقد ذكرناه) يعني في باب البيع الفاسد ويقوم إشكاله على جواز بيع السرقةين اللهم إلا أن يقال لا شك أنه لا بد من تقدير في نحو حرم الخمر فأنينا في الأصول أن التحريم المضاف إلى الأعيان لا يدرأ ضافته إلى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والأكل من الميتة واللبس من الحرير فقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أن الله إذا حرم شيئاً يعني إذا حرم ما هو المقصود من الشيء حرم بيعه وأكله كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الأكل والشرب وليس هذا الحديث في السرقةين فثبت فيه تحريم البيع فان قال النجاسة سبب قلنا ممنوع فحتاج إلى دليل آخر أما هذا الحديث فأنما يفيد أن تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه (قوله وأهل الذمة في البيعات كالمسلمين) يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما تمتنع عليهم لأنهم مكلفون بموجب البيعات والتصرفات محتاجون إلى مباشرتها وقد التزموا أحكامنا بالأقامة في دارنا وإعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا مسلم في حيوان ولا نسيئة في صرف وكذا كل ما يكال ووزن هم في البيوع كالمسلمين (الافى الخمر والخنزير) فأنما يحيز بيعه ضمن بعض الخصوص فيه من قول عمر أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج عن إسرائيل بن إبراهيم عن عبد الأعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع إليه عماله فقال يا هؤلاء بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل أنهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا أربابهم بيعها ثم خذوا الثمن منهم ولا تجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لم يعرف (قوله ومن قال لغيره ببيع عبدك من فلان بألف درهم على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فقال بعت فهو جازر) وهو جواب للسؤال سواء كان

بالحيوان نسيئة ولا يجوز المسلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين بدائياً ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل بدائياً وكذا كل ما يكال أو وزن إذا كان صنف واحد أقيم في البيوع بمنزلة أهل الإسلام واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولا أنهم مكلفون بمعنى بالمعاملات بالاتفاق محتاجون إلى ما ينسبى به نفوسهم كالمسلمين ولا تنبى النفس إلا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الأشياء إلا مباشرة الأسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعاً في حقهم كافي حق المسلمين إلا الخمر والخنزير فإن عقدهم عليهما كالعقد على العصير والشاة في كونهما أموالاً متقومة في اعتقادهم ونحن

أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعالمه حين حضره واليه وقال لهم يا هؤلاء بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل أنهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا أربابهم بيعها ثم خذوا الثمن منهم (قوله ومن قال لغيره ببيع عبدك من فلان) صورته أن يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع إلا بألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه إلا بألف فيبيعه آخر ويقول لصاحب العبد ببيع عبدك هذا من هذا الرجل بألف على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فهو جازر وبأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن وإن لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضامن (قوله دل على ذلك قول عمر الخ) أقول وسبجي هذا الحديث في كتاب الغصب أيضاً (قوله فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا أربابهم بيعها ثم خذوا الثمن منهم) أقول مقول قول عمر رضي الله تعالى عنه

والفرق بينهما ما ذكره بناء على الأصل المأثور (ان الزيادة في الثمن والمثلن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافاً لفرق الشافعي رحمه الله لانه) أي الالتحاق (تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها) فصار الفضل في ذلك كبذل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيء جازاً شرطه على الاجنبي كهيول لكن لا بد من تسمية الزيادة لتحقيق المقابلة بصورة وان كانت معنى لخرج عن حيز الحرمة فإذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح وإذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع بما سمي من المال والرشوة (٣٦١) حرام لا تلزم بالضامن واعتراض

بأوجه الاول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه الثاني لو كان خمسمائة ثمن التوجهات المطالبة بها على المشتري ويحمل عنه الضامن ولم توجهه عليه بالاتفاق الثالث ان أصل الثمن لا يجوز أن يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والفكر الصائب في أصل هذه المسئلة بغنى عن هذه الاسئلة والجواب عنها ولا بأس بتكرار ذلك لتحقيق فان ورود السؤال اذا كان لغرض فهم أصل الكلام فجوابه تكراره وذلك ان قد بينا أن فضول الثمن قد تستغنى عن أن تقابل بالمال جزاً فجزاً فجزاً ان يكون بعض الثمن خالياً عما يقابله من البذل كالزيادة في الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشتري بآية بلائد ومثل ذلك يجوز أن يثبت على الاجنبي كبذل الخلع وإذا جاز ذلك بطل عن التزمه لا غير والمثلن فيما نحن فيه الاجنبي

وأصله أن الزيادة في الثمن والمثلن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافاً لفرق الشافعي لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبذل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح

قول الضامن ذلك بعدم فاضة بين فلان وسيد العبد بألف وابتداء قال في بعض الشروح ويكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امثال بذلك كقول الرجل لا امرأته طلق نفسك ان شئت فقالت طلقك يجعل قبولاً استحساناً فكذلك هذا وفي بعضها ما يفيد أنه يجب أن يكون له ما يوافق له من المبيع وحصل الجواب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب لأن قوله بيع عبدك امرأته ولقطة الامر لا تكون في البيع إيجاباً على ما مر من انه لو قال بعني هذا بكذا فقال بعني لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده بخلاف طلق نفسك في التفويض في الخلع فلا بد أن المشتري يقبل بعد بيعت من البائع اشترت أو معناه على ما سلف هنالك ولو لم يقبل من الثمن فباع جازاً البيع بألف فقط لانه اذا قال من الثمن فقد أضاف التزامه زيادة خمسمائة في الثمن الى بيعه والزيادة في الثمن جائزة عندنا خلافاً لفرق الشافعي رحمه الله والضمان جائز الاضافة فقد وجد المقضي للزوم بلا مانع وإذا لم يقبل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم ما لا يعطيه اياه ان باعه بألف وهذه رشوة اذ لم تقابل بالمبيع حيث لم يقبل من الثمن فينعقد بألف فقط ثم في الاول ان كان بأمر المشتري كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لان البيع على المشتري صار بألف وخمسمائة والمشتري ان يراجع على ألف وخمسمائة ولو كانت داراً ولها شفع أخذها بألف وخمسمائة ولو رد بعيب أو نقاباً للبائع برد الألف على المشتري والخمسمائة على الضامن ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة في حق المشتري فليس للبائع حبس المبيع على الخمسمائة ويراجع على ألف وياخذها الشفع بألف ولو نقاباً أو ردت بعيب أو نقاباً لا البيع فلا جني أن يسترد الخمسمائة فان قيل ينبغي أن لا يصح هذا لان الشراء على أن الثمن على الاجنبي لا يجوز فكذلك على أن يكون بعضه عليه أجاب الكرخي بمنع كون الشراء على أن الثمن على الاجنبي لا يجوز اذ لا رواية فيه عن أصحابنا ونعقبه الرازي بأن محمد انص على انه اذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لانه شرط في البيع كون تسليم الثمن على المشتري فأولى أن لا يجوز اذا كان أصل الثمن على غير المشتري ثم اختار أن القياس أن لا يجوز ولكن كراهية حديث أبي قتادة في الذي امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه للدين الذي عليه فالتمز به أبو قتادة رضي الله عنه فعلى عليه فقد التزم ديناً لا في مقابلة شيء يحصل للتمز وهذه الزيادة من الاجنبي كذلك اذ لم يحصل للاجنبي في مقابلته شيء ودفع بانه لو كان بالنظر الى مقتضى هذا الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الاجنبي ولا يجوز ذلك فالجواب هو ما ذكره المصنف ان هذه الزيادة لها شبهة ببذل الخلع حيث لم يكن في مقابلته شيء يسلم للتمز وبذل الخلع

(٤٦ - فتح القدير خامس)

فلا يتوجه الطلب على المشتري وظهر الفرق بينه وبين أصل الثمن فان أصل الثمن لا بد وأن يقابله شيء من المال فلا يكون كالزيادة وحينئذ لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما يلزم وجوب شيء في مقابلته وقع في الكتاب والخمسمائة بالألف واللام في المضاف دون المضاف اليه وقيل لا خلاف في امتناعه وقال ابن عصفور روى الكتاب يجوزون ذلك وهو قليل جداً وقيل اذا ورد مثل هذا ينبغي أن لا يعتد اضافة الخمسة بل الجري في المضاف اليه على حذف مضاف أي الخمس خمسمائة

(قوله بناء على الأصل المأثور) أقول في فصل بعد باب المراجعة

قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها الخ) (الوجود الزوج جاز النكاح) (الوجود سبب الولاية) (النكاح وهو الملك في الرقبة على الكمال) ومائة مانع عن الجواز لان المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض انما يكون عن تصرف يفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك وهذا التزويج يكون قبضاً لان الوطء لما كان بتسليط من جهة المشتري كان فعله كفعله (وان لم يطأها) (الزوج) (فليس) أي مجرد التزويج (قبضاً) استحساناً وفي القياس هو قبض وهو رواية عن أبي يوسف حتى ان هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج عيب حكى حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له ان يردّها والمشتري اذا عيب المعقود عليه صار قابضاً فصار كالاتفاق والتدبير والتعيب الحقيقي كقطع اليد وفوق العين وجه الاستحسان أن في التعيب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضاً وليس ذلك في الحكمي فلا يصير قابضاً والاتفاق والتدبير اتلاف للمال له وانهاء للملك ولهذا ثبت له الولاء ومن ضرورته أن يصير قابضاً

قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر (وهذا قبض) لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله (وان لم يطأها فليس بقبض) والقياس أن يصير قابضاً لانه تعيب حكى فيعتبر بالتعيب الحقيقي وجه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضاً ولا كذلك الحكمي فافترقا يجوز اشتراطه على الاجنبي وقد يقال هذا التعليل قاصر فان الزيادة كما لا تكون في مقابلة شيء تكون في مقابلة شيء ووجودها في مقابلة شيء أكثر احوال العقد فان احواله ثلاثة كونه خاسراً او راجحاً وعدلاً وكونها الا في مقابلة شيء في وجه من الثلاثة وهو كونه راجحاً فلا يجوز اعتبار الاقل بل الواجب اعتبار الحال الاغلبية في المشابهة خصوصاً ان كان ينبغي عليها حكم شرعي فالاولى ما قيل ان الزيادة ثبتت تبعاً لجاز أن ثبتت على الغير بخلاف أصل الثمن الثابت مقصوداً فان قيل لو ثبتت الزيادة ثمتنا والاجنبي ضامن لها لزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل قلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الاصيل ألا ترى أن من قال لزيد على فلان ألف وأنا كفيل بها فأنكر فلان طوب الكفيل بهادون فلان جاز هنا كذلك وذلك لأن المشتري لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن الاجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب (قوله) ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطها الزوج فالنكاح جائز) ووطء الزوج قبض من المشتري خلافاً للآفة الثلاثة أما الاول فله وجود سبب ولاية النكاح على الامه (وهو ملك الرقبة على الكمال) بخلاف مالومدها كمال الكمال كافي ملك نصفها لا يملك التزويج به وانما جاز انكاحها قبل القبض ولم يجز به ما قبله لان البيع يفسد بالغرر دون النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانقضاء بالهالك قبل القبض والنكاح لا يفسخ به لاله المعقود عليه أعني المرأة قبل القبض ولان القدرة على التسليم شرط في البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط صحة النكاح ألا ترى أن بيع الابن لا يصح وتزويج الابنة يجوز وحاصل هذا أنه تعليل النبي عن البيع قبل القبض واذا كان كذلك لم يكن الوارد في منع البيع قبل القبض واردة في النكاح قبل القبض لانه ثبت بدلالته وأما الثاني فلان وطء الزوج حصل بتسليط من المشتري فصار فعله كفعله المشتري ولو وطئ المشتري كان قابضاً كذلك الزوج ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشتري قابضاً استحساناً حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطء هلكت من مال البائع والقياس أن يصير قابضاً بمجرد التزويج وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله حتى اذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج عيب حكى للبائع وكدان ثبت خيار الراد اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج والمشتري اذا عيب المبيع يصير قابضاً وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها فعل حسي من المشتري والتزويج تعيب حكى بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كمنقصان السهولة ولا قرار منه عليها بدين والمشتري اذا أقرب دين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضاً كذا مجرد التزويج بخلاف الفعل الحسي كان فقاً عينا مثلاً أو قطع بداهاته انما يصير به قابضاً لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على هذا الاعتاق والتدبير فانه يصير به ما قابضاً وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب انما قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضاً والمعنى أن الفعل الذي يكون قبضاً هو الفعل الحسي الذي يحصل بالاستيلاء والقبض الحاصل بالعق ضروري ليس مما نحن فيه وذلك أنه انهاء للملك ومن ضرورته انهاء الملك كونه قابضاً والتدبير من واديه لان به ثبت حق الحرية للتدبير وينتبت الولاء هذا واذا صح النكاح قبل القبض فلما انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول أبي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصاركاً لم يكن فكان النكاح باطلاً وقيد القاضي الامام أبو بكر بطلان النكاح بطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن

قال (ومن اشترى عبد افغاب المشتري الخ) رجل اشترى منقولا فغاب المشتري قبل قبض المبيع ولم يتقد الثمن وطلب البائع من القاضي بيع العبد بثمنه لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البينة فدفعها للثمة فاذا أقامها فلا يخلو ما أن تكون الغيبة معروفة أولا فان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول البائع الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد وأدى الثمن لأن ملك المشتري ظهر باقرار البائع فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد في يده والقول قول الانسان فيما في يده فلا يدعى الملك كان مسعورا ولو أقر به لغيره كاملا صح بحكم البند فكذا اذا أقر به ناقصا مشغولا بحقه وثبت الملك له ناقصا على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فبيعه القاضي فيه كالأمر ان اذامات فان المرتين أحق بالرهون يساع في دينه ان تعذر الاستيفاء والمشتري اذامات قبل قبض المبيع مفلسا فان (٣٦٣) المبيع يساع في غنمه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع فان بينه البائع لم تقبل لان حقه لم يسبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فتكون البينة لاثبات الدين والاثبات على الغائب يمنع عندنا وفيه بحث من أوجه الاول

المشتري المبيع فان بينه البائع لم تقبل لان حقه لم يسبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فتكون البينة لاثبات الدين والاثبات على الغائب يمنع عندنا وفيه بحث من أوجه الاول أن إقامة البينة على الغائب لا تجوز لأنها تعتمد انكار الخصم وذلك من الغائب مجهول الثاني أن القول بجواز البيع قول يجاوز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه الثالث أن ذلك يقضي الى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لافرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالنفرقة بينهما تحكم والجواب عن الاول أن إقامة البينة كما ذكرنا لنفي التهمة للقضاء وانما القاضي يقضي بموجب اقرار المبيع بما في يده وفي ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم

قال (ومن اشترى عبد افغاب فأقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع) لانه يمكن ابطال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري (وان لم يدراين هو بيع العبد وأوفى الثمن) لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاءه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالأمر ان اذامات والمشتري اذامات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يسبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو أيضا

بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع (قوله ومن اشترى عبد افغاب) قبل القبض وقد الثمن (فأقام البائع البينة أنه باعه اياه) ولم يقبض الثمن (فان كانت غيبته) المشتري غيبته (معروفة لم يبعه) القاضي (في دين البائع لانه يمكن ابطال البائع الى حقه بدون البيع) فيكون ابطال الحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة (وان لم يدراين هو بيع العبد وأوفى الثمن) بنصب الثمن مفعولا ثانيا للبيع (١) وقوله وان لم يدراين هو بين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أين هو وقول المصنف في تعليل بيع القاضي (لان ملك المشتري ظهر باقراره) يعني باقرار البائع (فيظهر على الوجه الذي أقر به) وهو كونه (مشغولا بحقه) بين أن البيع من القاضي ليس بهذه البينة لأنها لا تقام لاثبات الدين على الغائب فهاهي الالكشاف الحال ليجيبه القاضي الى البيع نظر الغائب لا لثبوت الدين عليه فانه لو لم يقمها لم يجبه الى ذلك (واذا تعذر استيفاءه) والفرص أنه أحق بمالية هذا العبد لانه كالأمر ان اذامات الراهن فانه أحق من سائر الغرماء فيعينه القاضي على بيعه (بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه) أي البائع (لم يسبق متعلقا به) بل هو دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لاثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يمكن القاضي من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسي رحمه الله وتقرير شيخ الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس أن لا تقبل هذه البينة لأنها على اثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدى ولا حكمي فهو كمن أقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه وفي الاستحسان تقبل لان البائع يحجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى أن ينفق عليه الى أن يحضر المشتري ويرمى بالثمن والفرقة عن الثمن والقاضي ناظر لاحياء حقوق الناس فكان للقاضي أن يقبلها بالدفع البلية بخلاف ما لو أقامها لثبوت حقا

وعن الثاني من وجهين أحدهما قول بعض المشايخ ان القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بأن المشتري ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعله وكذا لانه واجب بأن ذلك حق البائع وقد ينسأخ بتأخيره والثاني أن البيع ههنا غير مقصود وانما المقصود النظر للبائع احيا لحقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز أن يثبت ضمنا لا ثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا أن هذا ليس قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري فاما اذا قبضه فلا يكون ذلك وحينئذ تظهر الفرق وتندفع التحكم (ثم اذا باعه فان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو) أي يتبع البائع المشتري

(قوله والثاني ان البيع ههنا غير مقصود الخ) أقول فيه تأمل (١) قول الفتح مفعولا ثانيا للبيع صوابه لا وفي كما هو ظاهر كتبه محكمه

فان كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فالحاضر لا يملك قبض نصيبه حتى يتقد جميع الثمن فاذا انقذه أجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب فالحاضر أن يرجع عليه بما انقذه لاجله وله أن يحبس نصيبه حتى يستوفي ما انقذه عند أي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر (٣٦٤) لا يقبض الا نصيبه مما يابأه لا غير فاذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب

اذا حضر بما انقذه لاجله وليس له حق الحبس على ذلك (وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دينه بغير أمره ولا رجوع في ذلك (وهو أجني عن نصيب صاحبه) فليس له القبض (ولهما أنه مضطرب لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بأداء جميع الثمن لا اتحاد الصفقة ولكون البائع له حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كغير الرهن) فان من أغار شيأ رجعاً ليرهنه فرهنه ثم أفلس الرهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما أدى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره لا مضطربه في القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضمرورات أحكاماً فان قبل لو كان التعليل بالاضطرار صحح ما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب أن الاضطراب في حالة حضوره مفقود لا يمكن أن يخصمه الى الحالك لم ينقد نصيبه

قال (فان كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فالحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى يتقدش ركة الثمن كله وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعاً بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دينه بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجني عن نصيب صاحبه فلا يقبضه وله ما أنه مضطرب لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بأداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كغير الرهن واذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه الى أن يستوفي حقه كولو كيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه

على الغائب لينزع شيئاً من يده لا يقبلها والاجماع في مثله دفع البلية عن البائع وليس فيه ازالة يد الغائب عما في يده لان البائع يستوفي حقه عما في يده وأورد عليه أنه يستلزم بيع المقول قبل القبض أجيب بأن من المشايخ من قال ينصب القاضي من يقبضه ثم يبيعه وقال آخرون لا يحتاج الى ذلك لان هذا البيع يثبت ضمناً لانه غير مقصود بل المقصود النظر للبائع باحياء حقه والبيع ضمن له هذا اذا كان المشتري واحداً فغاب فلو كان المشتري اثنين فغاب أحدهما قبل اعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن بالاتفاق فلو انقذه اختلفوا في مواضع الاول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب عند أبي يوسف لا وعند أبي حنيفة ومحمد يجبر والثاني لو أنه قبل هل يجبر البائع على تسليم نصيب الغائب للحاضر عند أبي يوسف لا بل لا يقبض الا نصيبه على وجه المهايأة وعندهما لا يجبر والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما انقذه عند أبي يوسف لا وعندهما يرجع وللحاضر حبس نصيب الغائب اذا حضر حتى يعطيه ما انقذه عنه وجهه أبي يوسف أن الحاضر قضى دين الغائب بغير أمره فكان متبرعاً فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه أجني عنها (ولهما أنه مضطرب فيه) أي في دفع حصة الغائب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا بأداء الجميع لان البيع الصادر اليه من البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس وصار كغير الرهن اذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فان المعير اذا افتكه يدفع الدين رجوعاً على الراهن لانه مضطرب فيه وصار كصاحب العلو اذا سقط بسقوط السفل كان له أن يبيئ السفل اذا لم يبيئه مالكه بغير أمره ليتوصل به الى بناء عا لوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله ما لم يعطه ماصرفه غير أن في مسألة السفل لا يشترط الحال بين كون صاحبه غائباً أو حاضراً وفي مسألة التايب لثبته له حق الرجوع الا اذا كان غائباً لانه اذا كان حاضراً لا يكون مضطرباً في ايفاء الكل اذ يمكنه أن يخصمه الى القاضي في أن يتقد حصته ليقبض نصيبه بمخلاف مسألة السفل فان صاحب العلو لو خصمه في أن يبيئ السفل لا يقضى عليه ببنائه فكان مضطرباً حال حضوره كغيبته (وله) أي للحاضر ومثل صورة حضوره ما في عدم الاضطراب مالوا استأجر رجلاً نادراً فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعاً لانه غير مضطرب في نقد حصة الغائب اذ ليس للأجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام الترمذي (واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق حبسه الى أن يستوفي الكل ولو بقي درهم كولو كيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه له أن يحبس

من الثمن فيمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا تظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا استأجر داراً فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعاً بالاجماع لكونه غير مضطرب في نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للأجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام الترمذي (واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كولو كيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه) على ما سيجي ان شاء الله تعالى

قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة الخ) رجل اشترى جارية فقال اشترىتها بألف مثقال ذهب وفضة صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال (لانه أضاف المثقال اليهما على السواء) لانه (٣٦٥) عطف على المضاف اليه وهو عطف

مع الاقتدار والعطف مع الاقتدار يوجب الشركة وليس أولوية لأحدهما على الآخر فيجب التساوي قيل وكان الواجب ان يقيس المصنف بالجودة أو الرداءة أو الوسط لان الناس لا يتبايعون بالتبر ولا بدمن بيان الصفة قطعاً للنازعة ولهذا قيد محمد رحمه الله بها في الجامع الصغير ويوع الاصل ويجوز أن يقال تركه لكونه معلوماً من أول كتاب البيوع ان ذلك لا يد منه ولو قال اشترت منك هذه الجارية بألف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الأول للعطف الا أنه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم ولقائل أن يقول النظر الى المتعارف يقتضي أن ينصرف الى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جيات الخ) رجل له على رجل عشرة دراهم جيات (فقضاء ز يوفاه) والفايض لم يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله

قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهم انصفان) لانه أضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية وبمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه أضاف الألف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جيات فقضاء ز يوفاه) ولو لم يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف يرد مثل ز يوفاه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعى كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بخمسة فوجب المصير الى ما قلنا

البيع عن الموكل الى أن يعطيه جميع الثمن (قوله ومن اشترى جارية الخ) صورته أن يقول اشترت هذه الجارية بألف دينار ذهب وفضة أو يقول البائع بعثك هذه الجارية الخ ولفظ الجامع في رجل يقول لرجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال ذهب جيد وفضة قال هما نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال بألف من الدراهم والدنانير لا يحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجيات وعرف من هذه العبارة أن البيع ينعقد بانقضاء المضارع وان احتمل العدة إذا أراد به الحال وقيل بل هذه العبارة مساومة والمعنى أنه إذا قال له ذلك ثم باعه على هذا الوجه ثبت الانقسام وفيه أن اضافة المثقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسل لا يوجب كون الفضة أيضاً مضافاً اليها المثقال وينبغي وهم أن يفسد لجهالة الفضة لان المثقال غالب في الذهب فتصير الفضة مرسله عن قيد الوزن بل ينصرف اليهما وكذا صفة الجودة لان العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين فالمثقال المتقدم فسر بالذهب والفضة ألا ترى أنه لو قال عبده حر غدا وأمر أنه طالق وقعا جميعا غدا فأنهم مامضان ذكره في كشف الغوامض وفي المبسوط لو قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لانه المتعارف في الدراهم فينصرف اليه وكذا لو قال ألف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لان المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك وليس معهما ما ينصرف أحدهما عن المتعارف فيه فينصرف الى الوزن المعهود في كل منهما ويجب كونه هذا اذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما بوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الا أن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراطن ذلك الدرهم وأما في عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الا أن الى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا أن يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان مادونه ثقل أو خف يسمونه نصف فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقتريه من المكيل والموزون من الثياب وغيرها قرضاً أو سلماً أو غصباً أو ودعة أو بيعاً أو شراءً أو مهراً أو وصية أو كفالة أو جعلاً في خلع ومنه ما لو قال على كرخطة وشعر وسهم كان عليه الثلث من كل جنس (قوله ومن له على آخر عشرة دراهم جيات فقضاء عشرة ز يوفاه) أي رب الدين (لا يعلم) أنه ز يوف (فهو قضاء) حتى لو أنفقها الدائن أو هلكت ثم علم ليس له أن يرجع بشئ وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يرد مثل الز يوف ويرجع بالجيات وذكر غير الاسلام وغيره أن قولهم ما قياس وقول أبي يوسف هو الاستحسان له أن حقه في الجودة مرعى كحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانقراضه (لانه لا قيمة له عند المقابلة بخمسة فوجب المصير الى ما قلنا)

وقال أبو يوسف يرد مثل ز يوف ويرجع عليه بالجيات لان حقه في الوصف مرعى من حيث الجودة كما أن حقه مرعى في الاصل من حيث القدر فالونته عن كيسة حقه يرجع عليه بمقداره فكذا اذا انتقص في كيفيته ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف منفرداً لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بخمسة فوجب المصير الى ما قلنا

ولابى حنيفة ومحمد أن المقبوض من جنس حقه بدليل أنه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الأصل بالمقبوض حاصلًا فلم يبق حقه إلا في الجودة وتداركها بما يجاب ضمانها غير ممكن شرعًا لما ذكرنا أنها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور التفكك ولا بإيجاب ضمان الأصل لأن المضمون حينئذ هو الأصل والقرض أنه من حيث الأصل مستوف فإيجاب الضمان باعتباره (٣٦٦) إيجاب عليه ولا نظيره في الشرع واعترض بوجهين أحدهما أن إيجاب

ولهما أنه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبق حقه إلا في الجودة ولا يمكن تداركها بما يجاب ضمانها المأذون له قال (وإذا أفرغ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا إذا باض فيها (وكذا إذا تكس فيها طي) لأنه مباح سبقت يده إليه ولأنه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه وكذا البيض لأنه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك فصار كمن نصب شبكة البجاف

من ضمان الأصل ليصل إلى الوصف (ولهما أنه) أي الزئوف (من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال) به كالصرف ورأس مال السلم (جاز) وما جاز إلا لأنه لم يعتبر استبدال الأصل بنفس الحق (فيقع به الاستيفاء) وإنما يبق حقه في الجودة ولا يمكن تداركها بما يجاب ضمانها (بعدها لا الدراهم) (لما ذكرنا) من أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها (ولا بإيجاب ضمان الأصل لأنه إيجاب له عليه) يعني هو إيجاب للقابض على نفسه (ولا نظيره) في الشرع الآن أبا يوسف يفتي بجمع أنه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكر من إيجاب المثل يمكن وهذا كما لو وجدها ستوفة أو نهرجة فهلكت أليس يرد مثلها فإن قال المستوفقة ليست من جنس الجياد حتى يصير مقتضيا حقه بها قلنا وكذلك لا يصير مقتضيا حقه بالزئف إلا أن علم فرضي باعتبار أنه حينئذ تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة قولهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لأنه قبض بجنس حقه فإذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه إذا المدبون لا يضمنه شيئًا قلنا يجوز ذلك إذا أفاد كالمولى إذا أنلف بعض أكساب عبده المأذون وقد أفادها تدارك حقه فصار كشرائه لآدم مال نفسه إذا أفاد ويجوز أن يشتري مال المضاربة أو كسب عبده المأذون المدبون وبما ذكرنا يبطل قولهم لا نظيره في الشرع وإيجاب بجمع الاتحاد في المستشهد به بل الضمان في المأذون الغرماء وهنا المقبوض كله ملك ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظيره وفي التنازل اشترى بالجياد ونقد الزئوف أنخذها الشفيع بالجياد لأنه أنما يأخذ بما اشترى ولو باعها من راحة فإن رأس المال بالجياد وفي الأجناس اشترى بالجياد ونقد الزئوف ثم حلف أنه اشترى بالجياد قال أبو جعفر لا يحنث وقال أبو يوسف يحنث والله الموفق (قوله) ولو أفرغ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا إذا باض فيها (وكذا إذا تكس فيها طي) أي دخل كئسه والكناس بيت الطي وفي بعض النسخ تكسر أي وقع فيها فتكسر ويحترق به عمالو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل لا لا أخذ ولا يختص بصاحب الأرض (لأنه) أي لأن كلاً من الطير والبيض والفرخ وقد أصلي في نسخة لأنها (مباح سبقت يده) أي بدالاته (ولأنه صيد وان كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن أخذه والبيض أصل الصيد) فيلحق به (ولهذا يجب عنه الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) لأنه المقصود بقوله تعالى تاله أيديكم في قوله تعالى ليسوا منكم الله بشي من الصيد تاله أيديكم ورماحكم كذا ذكره وقوله (وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك) جلة حاله هي قيد لقوله فهو لمن أخذه أي أنما يكون لا لا أخذ إذا لم يكن صاحب الأرض أعدها لذلك بأن حفر فيها بئر السقط فيها أو أعمد مكانا للفرخ يأخذها فإن كان أعدها لذلك لا يملكها إلا أخذ بل رب الأرض يصير بذلك قابضاً حكماً كمن نصب شبكة ليحفظها فتعقل بها

الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز إذا لم يقدوه هنيئاً يصد فصار ككسب المأذون له المدبون فانه مضمون على المولى وإن كان ملكه حتى لو اشترى صم والثاني أن المقصود الأصلي هو إحياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمنى فلا يعتبر والجواب عن الأول أن الفائدة إنما هي الغرماء فكان تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني أن الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الأصل تابعا له قال (وإذا أفرغ طير في أرض رجل الخ) إذا أفرغ طير في أرض رجل ولم يعدها لذلك لم يملكه (فهو لمن أخذه) وكذلك إذا باض فيها أو تكس فيها طي) وفي بعض النسخ تكسر فيها طي) لأنه مباح سبقت يده إليه (فيلكه) (ولأنه حينئذ صيد والصيد لمن أخذه) بالحدث وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخبر به عن الصيدية كصيد أنكسر رجله بأرض إنسان فانه لا يحد دون صاحب الأرض والتكنس التستر ومعناه في الأصل دخل في

الكناس وهو موضع الطي ومعنى تكسر أنكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسره أحد فهو له (والبيض في معنى الصيد صيد لأنه أصله) ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه (قوله) وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك (لأنه) أشارت إلى أنه لو أعدها لذلك بأن حفرها ليقع فيها أو بغير ذلك مما يصاد به كان له فاما إذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت للبعث فتعقل بها صيد فهو لا أخذ

(قوله وعن الثاني أن الوصف تابع الخ) أقول هذا يرجع إلى تغيير الدليل والله أعلم

وكذا اذا دخل الصيد داره أو وقع مانثر من السمكر والدراهم في ثيابه مالم يكفه أو كان مستعدا له بخلاف ما اذا غسل النخل في أرضه لانه عذمن أنزاله فيملكه تبعلا لأرضه كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع في أرضه يجريان الماء والله أعلم

### كتاب الصرف

(وكذا اذا دخل الصيد داره أو وقع مانثر من السمكر والدراهم في ثيابه مالم يكفه) أي يضمه الى نفسه (أو كان مستعدا له بخلاف ما اذا غسل النخل في أرضه) فان غسل لصاحبها (لانه عد من أنزاله) أي من أنزال الأرض بتأويل المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما ان العسل صار قائما بأرضه على وجه القرار فصار تابعا لها (كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجريان الماء) بخلاف الصيد والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب الصرف

(١) قول الفتح وذ كرضمير لانه الخ هكذا في الاصل ولعل في العبارة تحريفها والصواب وذ كرضمير أنزاله وهو عائدا الى كتبه صحيحة

صيد فهو لمن أخذه لا لصاحب الشبكة لانه لم يعبدها الآن لا أخذ وكذا اذا دخل الصيد داره ولم يعلم فأغلق بابه فهو لمن أخذه وان علم به وأغلق الباب عليه أو سد الكوة كان لصاحب الدار وكذا اذا وقع في ثيابه النثار من السمكر أو الدراهم فهو لمن أخذه مالم يكفه ثوبه على الساقط فيه وما هذه مصدرية نائية عن ظرف الزمان أي لا أخذ في زمان عدم كفه الثوب وقوله أو كان مستعدا له أي للثمار بأن بسط ثوبه لذلك عطف على مقدر تقديره فاذا كفه أو كان مستعدا فهو له أما اذا غسل النخل في أرضه فهو لصاحب الأرض لانه عذمن أنزاله أي من زيادات الأرض أي ما نبت فيها فيملكه تبعلا للأرض كالشجر النابت فيها والطين المجتمع فيها بجريان الماء عليها وانزال جمع نزل وهو الزيادة (١) وذ كرضمير لانه وهو عائدا على الأرض وهي مؤنثة على تأويل المكان ومثله وقع في شعر العرب قال فلا منة ودقة ودقها \* ولا أرض اقبل ابقالها

ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في أرضه حظيرة للسمك فدخل الماء والسمك ملكه ولو اتخذت لغيره فن أخذ السمك فهو له وكذا في حفر الحفيرة اذا حفرها للصيد فهو له وألغرض آخر فهو لا أخذ وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل فان كان وضعه للماء فهو لصاحبه والا فله الماء لا أخذ ولو باض صيد في أرض رجل أو تكسر فيها فجاء رجل لياخذ فذعه صاحب الأرض فان كان في موضع يقدر صاحب الأرض على أخذه قرر بياضه بان كان بحضرته كان الصيد لأرضه كانه أخذه عنده وان لم يكن بحضرته لا يملك

### كتاب الصرف

لما كان قبوده أكثر كان وجوده أقل فقدم ما هو أكثر وجودا وأيضالما كان عقدا على الائتمان والثمن في الجلة تبع لما هو المقصود من البيع أخر عن البيوع المتضمنة للقاصد الأصلية أعني المبيعات ومفهومه لغة وشراعا يذ كره المصنف وشرطه التقابض للبديلين قبل الاقتراق وان اختلف الجنس ولهذا لم يصح فيه أجل ولا خيار شرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الرايين منهم وذلك يحل بالقبض المشروط وهو القبض الذي يحصل به التعمين بخلاف خيار الرؤية والعيب لا يمنع الملك في المبيع فلا يمنع تمام القبض فلو اقتراهما في الصرف خيار عيب أو رؤية جازا لأنه لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار رؤية لان العقد ينعقد على مثلها لا عينها حتى لو باعه هذا الدينار بـ هذه الدراهم لصاحب الدينار أن يدفع غيره وكذا صاحب الدراهم بخلاف الاواني والحلى ولو أسقطا في المجلس خيار الشرط والاجل عادا للصرف صححنا خلافا لفرق وأورد عليه كيف جاز أن يقال التقابض شرط الجواز وهو متأخر عن العقد فانما هو حكمه والجواب أن المختار انه ليس إلا شرط بقائه على الصحة فالاشكال على قول البعض القائلين انه شرط الجواز وأجابوا بان تأخره ضرورة نفي إيجاب قبض ملك الغير فهو معتبر مقارنة أو متقدما شرعا وان كان متأخرا ضرورة ولا يخفى أنه ينبغي أن يستغنى عن هذا التكلف بارتكاب القول الآخر وأما مفهومه شرعا فيبيع ما من جنس الائتمان بعضها يبيع بعض وهذا قول

الصرف بيع خاص وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الأثمان وقد تقدم ما يدل على تأخير عن السلم في أول السلم وسمى هذا العقد صرفاً لأحد المعنيين أما الحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد والصرف هو النقل والدلغة وإمالاته لا يطلب به إلا الزيادة يعني لا يطلب بهذا العقد إلا زيادة تحصل فيما يقابلها من الجودة والصياغة أذ النقود لا ينتفع بعينها كما ينتفع بغيرها بما يقابلها من المطعوم والمبوس والركوب فلو لم يطلب به (٣٦٨) الزيادة والعين حاصلة في يدهما كان فيه فائدة أصلاً فلا يكون مشروعا وقد

قال (الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان) سمي به للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد والصرف هو النقل والدلغة أولاته لا يطلب منه إلا الزيادة فلا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفاً

القدروى (الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان) وإنما قال من جنس الأثمان ولم يقتصر على قوله بيع عن ثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالتقديفان المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق ثمن أصري يحا ولهذا يتعين في العقد ومع ذلك بيعه صرف وانما سمي اصطلاحاً به لأن مفهومه اللغوي هو النقل ومنه في دعاء الاستخارة فاصرفه عني واصرفني عنه ونقل كل من البديلين عن مالكة إلى الآخر بالفعل شرط جواز فـ كان في المسمى معنى اللغة فسمى باسم ذلك المعنى المشروط فيه (أو هو) أي معناه اللغوي الزيادة وهذا العقد لا يقصد به إلا الزيادة دون الانتفاع بعين البديل الآخر في الغالب لأنه لا ينتفع بعينه بخلاف نحو الطعام والثوب والحار والمراد أن قصد كل من المتعاقدين التجارة والرجح فيه بالنقل وإلا خلا العقد عن الفائدة والزيادة تسمى صرفاً به سميت العبادة النافلة صرفاً في قوله صلى الله عليه وسلم من انتهى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً والعدل هو الفرض سمي به لكونه أداء الحق إلى المستحق وشروطه على الأجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل وأقسامه ثلاثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع أحدهما بالآخر

دل على مشروعيته قوله تعالى وأحل الله البيع الآية وقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث وإذا كان المطلوب به الزيادة (والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل) ناسب أن يسمى صرفاً (ومنه) أي من كون الصرف هو الزيادة لغة (سميت العبادة النافلة صرفاً) قال صلى الله عليه وسلم من انتهى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً والعدل هو الفرض سمي به لكونه أداء الحق إلى المستحق وشروطه على الأجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل وأقسامه ثلاثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع أحدهما بالآخر

### كتاب الصرف

(قوله وقد تقدم ما يدل على تأخير عن السلم) أقول الذي يهيم هو بيان سبب التأخير عن كتاب البيوع كما لا يخفى لكن ذلك يعلم منه أيضاً كتنفي به (قوله ما كان

فيه فائدة أصلاً فلا يكون مشروعا) أقول لا يظهر أن يقول فلا يصدر من العاقل (قوله قد دل على مشروعيته) أقوله (قوله وأحل الله البيع الخ) أقول البيوع الفاسدة والبيع وقت النداء بيع وليس مشروع فان قيل ما ذكره مشروع بأصله قلنا فيمكن ما نحن فيه كذلك أيضاً وعليك بالتأمل الصادق (قوله وشروطه على الأجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل) أقول والشرط الأول لا ينبغي عن الثالث إذا المراد شرط الصحة بحيث لا يكون فيه فساد أصلاً فإذا كان فيه تأجيل ثم أسقط ووقع التقابض يزول الفساد فتأمل

قال (فان باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا بمثل بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة) لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن يدا بيد والفضة بالفضة وقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق)

قال (فان باع فضة بفضة الخ) فان باع رجل فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا بمثل بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلاً بمثل الحديث والمراد به المماثلة في القدر لا في الصفة لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الربا حدث محمد رحمه الله في أول كتاب الصرف في الأصل عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريج عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بآناء كسر وإنى قد أحكمت صياغته فبعثني به لبيعته فأعطيت به وزنه وزيادة فذكر ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) قبض عوض الصرف قبل الافتراق بالادان واجب بالمنقول وهو

(قوله فان باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا بمثل بمثل) يعني في العلم لا بحسب نفس الامر فقط (وان اختلفا في الجودة والصياغة) فيدخل الاناء بالاناء فلو باعاهما مجازفة ولم يعلما كيتما واما كانا في نفس الامر متساويين لم يجز ولو زنا في المجلس فظهر امتساو بين يجوز وعند أبي حنيفة لا يجوز ولو زنا بعد الافتراق لا يجوز وان كانا متساويين خلافاً لفرقه يقول الشرط التساوي وقد ثبت واشترط العلم به زيادة بلا دليل قلنا بل هو شرط بدليل وهو أن الموهوم في هذا العقد جعل كالعلم شرعاً ومالم تعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كشوت حقيقة الزيادة ومقتضى هذا أن لا يجوز أن زنا في المجلس فظهر امتساوياً أيضاً لكن جاز في الاستحسان عند اتحاد المجلس كأن العقد أنشئ إلا أن لان ساعته كساعة واحدة وأما عدم جواز بيع الخنطة بالخنطة وزنا معاً لما لم يعلم بالمساواة كيلاً بالمساواة وزناً لا تستلزمه بالنسبة إلى الكيل والمعتبر فيما كان مكيلاً في عهد النبي صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف وعن هذا إذا اقتسم مكيلاً موازنة لا يجوز لأن القسمة كالبيع واستدل المصنف على وجوب المساواة (بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلاً بمثل الحديث) وقد تقدم وتقدم وجه انتصابه أنه بالعامل المقدراً أي يبعوا والاولى حيث كان الذهب مرفوعاً في الحديث أن يجعل عاملاً متعلقاً بالجزء الذي يباع بالذهب مثلاً بمثل نعم حديث الخدي في البخاري عنه صلى الله عليه وسلم لا يبيعوا الذهب بالذهب الا بمثل بمثل ظاهر في أنه مفرغ للجمال وبقيت الحديث ولا تشقوا بعضها على بعض ولا يبيعوا الورق بالورق الا بمثل بمثل ولا تشقوا بعضها على بعض ولا يبيعوا منها غائباً بناجز والسف بالكسر من الاضداد يقال للنعصان والزيادة والمراد هنا لا تزيدوا بعضها على بعض ولا يتضح في معنى النقص والافعال ولا تشقوا بعضها عن بعض وقوله وزنا بوزن بعد ذلك ولا تشقوا في حديث البخاري المذكور تفسير مثلاً بمثل فان المثلية أعم ففسرها بانهم امن حيث القدر وتقدم حديث جيدها ورديها سواء أيضاً وتخرج به وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريج عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بآناء كسر وإنى قد أحكمت صياغته فبعثني به لبيعته فأعطيت وزنه وزيادة فذكر ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا هذا في اطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالآنية حتى لو باع اناء فضة أو ذهب بآناء فضة أو ذهب وأحدهما أثقل من الآخر لا يجوز بخلاف اناء من غيرهما نحاس أو شبهه حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر وان تفاضلا وزنا مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوية أيضاً وذلك لأن صفة الوزن في التقدير منصوص عليها فلا يتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزوناً بتعارف جعله عدداً ولو تعورف ذلك بخلاف غيرهما فان الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزوناً بتعارف عدديته اذا صيغ وصنع (قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) باجماع الفقهاء وفي فوائد القدوري المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتقليد يربط باليد وكرهنا أن نفهم أن المختار أن هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر قوله فاذا افتراق بطل العقد وانما يبطل بعد وجوده وهو الاصح ونمرة الخلاف فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفاً

(ماروينا من قوله يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره) وهو في الدلالة على وجوب القبض كآرى  
وبالمعقول وهو (أنه لا بد من قبض أحدهما الآخر للعقد عن الكالئ بالكالئ) وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقا للساواة نفيًا لتحقيق الربا  
(قوله في الكتاب فلا يتحقق الربا) قيل هو منصوب بحجوب النبي وهو قوله ثم لا بد (قوله ولأن أحدهما) دليل آخر وتقريره أن أحد  
العوضين ليس أولى بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معًا (ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالضروب أو  
يتعين أحدهما دون الآخر لاطلاق ماروينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث وهو تناول المصوغ وغيره  
(قوله ولأنه ان كان يتعين الخ) جواب عما يقال ببيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لأنه كالئ بكالئ وبيع المصوغ بالمصوغ ليس  
كذلك لتعيينه بالتعيين وتقريره أن المصوغ وإن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه غنًا خلقه فيشترط قبضه اعتبارًا للشبهة في  
الربا فان قيل فعلى هذا التقرير (٣٧٠) يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسبة شبهة الشبهة لأن في بيع المضروب

بالمضروب نسبة شبهة  
الفضل فإذا بيع مضروب  
بمصوغ نسبة شبهة وهو مما  
يتعين كان بالنظر إلى كونه  
خلق غنًا شبهة عدم التعيين  
وتلك شبهة زائدة على الشبهة  
الأولى والشبهة هي المعتبرة  
دون النزاع عنها أوجب  
بأن عدم الجواز في المضروب  
نسبة بقوله يدا بيد  
لأن الشبهة لأن الحكم في  
موضع النص مضاف إليه  
لأن العلة فتكون الحرمة  
في هذه الصورة باعتبار  
الشبهة (والمراد بالافتراق  
ما يكون بالابدان حتى لو  
مشيا معًا إلى جهة واحدة  
أو ناما في المجلس أو أغشى  
عليهما لا يبطل الصرف  
لقول ابن عمر رضي الله عنهما

قال المصنف (تحقيقا  
للساواة فلا يتحقق الربا)

لماروينا ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره ولأنه لا بد من قبض أحدهما  
ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للساواة فلا يتحقق الربا ولأن  
أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالضروب  
أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ماروينا ولأنه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين  
لكونه غنًا خلقه فيشترط قبضه اعتبارًا للشبهة في الربا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهب عن المجلس  
عشيان معًا في جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغشى عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه  
عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يفد على القول الأصح وقوله (لماروينا) يعني قوله يدا بيد وكذا ماروينا  
من حديث البخاري قوله صلى الله عليه وسلم ولا تبسوا منهن غائبًا بناجر وقول عمر وان استنظرك إلى  
آخره ورواه مالك في الموطأ عنه قال لا تبسوا بالذهب بالذهب ولا تبسوا بالورق بالذهب أحدهما  
غائب والاخر ناجز وان استنظرك أن يلج بيته فلا تنظره لا يدا بيد هات وهات إلى أخشى عليكم الربا  
وفي رواية قال الربا بالميم وهو الربا ورواه عبد الرزاق وقال أن يدخل بيته ولما ثبت نص الشرع بالزام  
التقاضي علة الفقهاء بما ذكره المصنف وحده أن للتقدم مزية على النسبة فيتحقق الفضل في أحد  
العوضين وهو الربا ولما كان مظنة أن يقال هذا غير لازم في قبض العوضين لجواز أن يجعل معان نسبة  
قال لا بد شرعًا من قبض أحد العوضين كي لا يلزم الكالئ بالكالئ أي الدين بالدين فالولم يقبض الآخر  
لزم الربا بما قلنا وأيضًا يلزم الترجيح بلا مرجح لأنهم ماستويان في معنى الثمنية فإذا وجب قبض أحدهما  
فكذلك الآخر لعدم الأولوية فان قيل لتعليل الكتاب يخص الثمين المحضين الذين لا يتعينان والحكم  
وهو لزوم التقاض ثابت وان كان أحدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ فأجاب بأن ذلك لا لطلاق ماروينا  
من قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة وعمل الاطلاق المذكور بأن المتعين أيضًا  
كالمصوغ فيه شبهة عدم التعيين إذ فيه شبهة الثمنية إذ قد خلق غنًا والشبهة في باب الربا كالحقيقة على  
ما مر غير مرة ولما كان المعول عليه تناول النص باطلا فله لم يدفعه أن الثابت شبهة الشبهة بل وجب  
بالنص الحاق شبهة الشبهة بالثابت شبهة الربا في هذا الحكم وقوله في جهة واحدة لأنهم الوشيا كل في

أقول سيجي بيان لزوم الربا من الشيخ أكل الدين في شرح قول المصنف ومن كان له على آخر عشرة دراهم فراجعه جهة  
(قوله قيل هو منصوب الخ) أقول صاحب القيل هو الاتفاق والظاهر أن يكون معطوفًا على قوله تحقيقا للساواة بحسب المعنى (قوله  
فان قيل إلى قوله بالمصوغ نسبة الخ) أقول المراد بقوله نسبة انتفاء القبض لا التأجيل كما لا يخفى على المتأمل في السياق (قوله فإذا  
بيع مضروب بمصوغ نسبة) أقول أي بلا قبض (قوله كان بالنظر إلى كونه الخ) أقول فإذا بيع بدون القبض لزم شبهة النسبة  
ونعم تحقيق الكلام بوضع المرام يظهر بالمراجعة إلى ما سبق في باب الربا من التفصيل المتعلق بالخلاف الواقع بيننا وبين الشافعي في  
عدم اشتراط القبض في سائر الأموال الربوية فراجع (قوله أوجب بأن عدم الجواز في المضروب نسبة الخ) أقول أي بدون القبض  
(قوله بقوله يدا بيد) أقول أذعننا عننا بتعيين علي ما سلف في باب الربا والتعيين في المضروب لا يتحقق إلا بالقبض كما بينت اشتراط  
القبض فيه بالنص بخلاف المصوغ فان تعيينه لا يتوقف على القبض إذ هو مبيع متعين في نفسه الآن فيه شبهة عدم التعيين بالنظر  
إلى أصل خلقته فعدم جواز بيعه بلا قبض جامع من هذه الشبهة فليتأمل

وان وثب من سطح قنب معه ( وقصته ماروى عن أبي جيلة قال سألت عبد الله بن عمر رضى الله عنهم ما فقلت انا اتقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقيل النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بيع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفى وان وثب من سطح قنب معه وفيه دليل على ان المفتى اذا بين جواب ما سئل عنه لأبأس أن بين للسائل الطريق المحصل لمقصودهم مع التخرع عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل وقيد مشيها بجهة واحدة لأنه لو مشى الى جهتين يوجب تفرق الابدان وهذا المذكور من التفرق هو المعترف قبض رأس مال السلم (قوله بخلاف خيار الخيرة) يرجع الى قوله لم يبطل الصرف يريد أن مشى الخيرة مع زوجها وان كان الى جهة واحدة يبطل (٣٧١) خيارها لأنه يبطل بالأعراض

(وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالاهاء وهاء) على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى هاؤم افرؤا كتابيه (قوله فان افتراقا في الصرف) متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين يعنى لبقاء العقد فان افتراق قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا صحيح بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والعقد يسبقه والعقد وما اشترط به أن شرط الجواز ما يشترط مقارنا لحالة العقد الآن اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراخ لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضا فعقلنا الجواز بقبض

وان وثب من سطح قنب معه وكذا المعترف بما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار الخيرة لأنه يبطل بالأعراض فيه (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة) (ووجب التقابض) لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالورق وبالاهاء وهاء (فان افتراقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما يبطل العقد) لفوات الشرط وهو القبض

جهة كان افتراقا مبطلا وقول ابن عمر وان وثب من سطح قنب يفيد عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف المكان بل اذا لم يوافق الاخر فيه وهذا لان بمجرد وثوب أحدهما اختلف مكانهما ولم يعتبر ما نعا الا اذا لم يثبت معه وحديث ابن عمر هذا غير صحيح من كتب الحديث وذكره في المبسوط فقال وعن أبي جيلة قال سألت عبد الله بن عمر فقلت انا اتقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقيل النافقة وعندهم الورق الخفيف الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بيع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفى وان وثب عن سطح قنب معه وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس وعن ابن عباس أيضا رجوعه وفيه دليل أن المفتى اذا أجاب لأبأس أن بين للسائل طريق الحصول مطلوبه كما فعل صلى الله عليه وسلم حيث قال لبسال بيع التمر ببيع آخر ثم اشتره انما المحذور تعليم الحيل الكاذبة لاسقاط الوجوبات قال (وكذا المعترف قبض رأس مال السلم) يعنى أن يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس (بخلاف خيار الخيرة) فانها لو قامت قبل الاختيار بطل وكذا اذا امتدت مع زوجها في جهة واحدة فان ذلك دليل اعراضها عما كانت فيه لان المعترف في الابطال هناك دليل الاعراض والقيام ونحوه دليله فلزم فيه المجلس ولتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق أو أغنى عليهما أو طال قعودهما وعن محمد رحمه الله جعل الصرف كخيار الخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما أو أحدهما فهو فرقة ولو ناما جالسين فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر ألف درهم ولا آخر عليه مائة دينار فأرسل رسولا يقول له بعثك الدراهم التي لي عليك بالدينار التي لك على فقال قبلت كان باطلا وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء حدار أو من بعيد لانهم ما متفرقا وعن محمد لو قال الاب اشهد وأنى اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحوالة به كافي رأس مال السلم (قوله وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض) لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالاهاء وهاء والبر بالبر بالاهاء وهاء والشعير بالشعير بالاهاء وهاء والتمر بالتمر

يوجد في المجلس لان المجلس العقد حكم حالة العقد كما في الإيجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالموجود وقت العقد حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز كذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما ترى فيه من التمهّل مع حصول المقصود بجعله شرط البقاء

(قوله يرجع الى قوله لم يبطل الصرف) أقول بل يرجع الى قوله المراد منه الافتراق بالابدان فتأمل تدبر ثم قوله بالابدان على معنى دون المكان (قوله بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه الخ) أقول فيه بحث وجوابه ظاهر (قوله وما أجيب به بأن شرط الجواز) أقول قوله وما أجيب مبتدأ وخبره يجيب بعد أسطر وهو قوله فعلى ما ترى فيه من التمهّل (قوله فعقلنا الجواز) أقول في التفرع تأمل لجواز أن يشترط القبض بالتراخي قبل العقد وأما لو قال لما فيه من إيجاب اثبات اليد على مال الغير مع خلاف قوله من غير تراخ لان دفع ذلك

(ولهذا) أي ولأن الافتراق بلا قبض مبطل (لا يصح شرط الخيار في الصرف ولا الاجل) بأن يقول اشترت هذا الدينار بهذه الدراهم على أني بالخيار ثلاثة أيام أو قال الشهر (لأن بالخيار لا يبقى القبض مستحقاً) لمنعه الملك (وبالاجل يفوت القبض المستحق) والفرق بين العبارتين أن في الخيارية أخر القبض الى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقاً وفي الاجل ذكر في العقد ما ينفي القبض وذكر منافي الشيء يفوت له كذا قيل وكأثره راجع الى أن في الاول (٣٧٣) استحقاق القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعاً فائت (قوله الا اذا أسقط في المجلس)

يعني منهما ان كان الخيار لهما أو من له ذلك (فيعود الى الجواز لا ارتفاعه قبل تفرقه) استنساخا خلافاً لفرقه الله وهو القياس وان أسقط الاجل فكذلك وان أسقط أحدهما فكذلك في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف ان صاحب الاجل اذا أسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف في شرح القدوري لمختصر الكرخي وقيد بشرط الخيار لأن خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود الا أن خيار الرؤية لا يثبت الا في العيبين لا الدين فانه لا فائدة في رده بالخيار اذا العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز أن يكون المقبوض مثل الردود أو دونه فلا يفيد الرد فائدة قال (ولا يجوز التصرف في غن عن الصرف قبل قبضه الخ) التصرف في غن عن الصرف قبل قبضه لا يجوز فاذا باع دينار بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها أو باه بفساد البيع في الثوب لقوات القبض المستحق بالعقد

ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لأن بأحدهما لا يبقى القبض مستحقاً وبالنسبة يفوت القبض المستحق الا اذا أسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لا ارتفاعه قبل تفرقه وفيه خلاف زفر رحمه الله قال (ولا يجوز التصرف في غن عن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينار بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها أو باه بفساد) لأن القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجوز رده فواته وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لأن الدراهم لا تتعين فيصرف العقد الى مطلقها ربا لا هاء وهاء قبل ومعنى قوله ربا أي حرام باطلاً اسم الملزوم على اللازم ولا مانع من جعله في حقيقته شرعاً وان اسم الربا تضمن الزيادة من الاموال الخاصة في أحد العوضين في قرض أو بيع ووجه الاستدلال انه استثنى حالة التقاض من الحرام بمحصر الحل فيها فبنتي الحل في كل حالة غير ما قد دخل في عموم المستثنى حالة التفاضل والتساوي والمجازفة فيحل كل ذلك وقوله (الا اذا أسقط الخيار في المجلس) استثناء من لازم قوله لا يصح شرط الخيار وهو فوات الشرط المستلزم للبطلان أي شرط الخيار يفوت الشرط الا اذا أسقطه فلا يفوت فيعود الى الجواز وقد مناه نقل خلاف زفر فيه هذا وبين الفساد بتبرك القبض والفساد بالأجل فرق على قول أبي حنيفة في مسئلة وهي ما اذا باع جارية في عنقها طوق فضة زنته مائة ألف درهم حتى انصرف للطوق مائة من الالف فيصير صرفا فيه وتسمة الجارية بيعا فانه لو فسد بتبرك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسمة صحيح ولو فسد بالأجل فسد فيه ما عنده خلافاً لهما وفرق بأن في الاول انعقد صحيحاً ثم طرأ الفساد فيخص محله وهو الصرف وفي الثاني انعقد أولاً على الفساد فشاع وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البتاء على الصحة وفي الكامل لو أسقط الاجل من له الأجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية لان العقد لا ينفسخ بردها لانه انما وقع على مثلها بخلاف التبر والخي والواني من الذهب والفضة لانه ينتقض العقد برده لتعيينه فيه ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق بقاء واستوفاء حكمه في جميع أبوابه الاستبدال والبطلان كراس مال السلم (قوله ولا يجوز التصرف في غن عن الصرف قبل قبضه) وكل منهما ممن الصرف فالحاصل أن لا يجوز التصرف في أحد بدل الصرف قبل قبضه بهيمة ولا صدقة ولا بيع فان فعل بعض ذلك مع العاقد بأن وهبه البذل أو تصدق به عليه أو أراه منه فان قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض واذا تعذر الشرط بنتي المشروط وان لم يقبل لا ينتقض لان البراءة وما معها بسبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما بعد صحة العقد وفرع عليه (مالو باع دينار بعشرة) مثلاً (ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها أو باه بفساد) لأن القبض في العشرة (مستحق حقا لله) فلا يسقط باسقاط المتعاقدين ولو جاز البيع في الثوب سقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف على حاله يقبض بدله من عاقده معه وأورد عليه ان فساد الصرف حينئذ حق الله وصحة بيع الثوب حق العبد فتعارضاً فيقدم حق العبد لتفضل الله سبحانه بذلك أجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد بعد لانه يفوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لانه يرتفع والتعديم فيما اذا ثبتا فيرتفع أحدهما فضلاً وقد

حق الله تعالى اذا ربحا حرام حقا لله والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر لأن الدراهم لا تتعين عينا كانت أو دينار فيصرف العقد الى مطلق الدراهم اذا الاطلاق والاضافة الى بدل الصرف انذاك سواء وانما قال عن زفر لان الظاهر من مذهبه كذهب العلماء الثلاثة

(قوله وكأثره راجع الى أن في الأول استحقاق القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعاً فائت) أقول قوله استحقاق القبض فائت أي لعدم الملك وقوله القبض المستحق أي لكونه مالكا وقوله شرعاً فائت أي للتأجيل (قوله حقا لله تعالى) أقول اذا القبض واجب بالسنة (قوله اذا ربحا حرام) أقول يعني التسيئة

ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا يدفعه من مبيع ومائة سوى الثمن وليس أحدهما أولى بكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجهه ثمان وجهه وان كانا غنيين خلقه وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المقايضة واعتبرنا كل واحد منهما ثمان من وجهه مبيعا من وجهه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد مبيعا حقيقة قيل لان لم يعدم الاولوية فان ما دخله الباع أولى بالتمسك وأجيب بأن ذلك في الأثمان العملية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدينار اذا كانت دينارا في الذمة لافي الأثمان الخلقية قال (وليس من ضرورة كونه) جواب عما يقال لو كان (٣٧٣) بدل الصرف مبيعا وجب أن

يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعيين فان المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بتعين وعورض بأن كل واحد منهما لو كان مبيعا لا يشترط قيام الملك بينهما وقت العقد وليس كذلك فانه لو باع دينار بدرهم وليسافي ملكه ما فاستقرض في المجلس واقتربا عن قبض صح وأجيب بأن الدراهم والدينار حالة العقد غن من كل وجه وانما اعتبرتهما بعد العقد لضرورة العقد فيجعل متعينا بعد متعينا فلا يشترط وجوده قبله قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازة) اذا كان الصرف بغير الجنس صح مجازة لان المساواة فيه غير مشروطة لكن القبض شرط لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالاهاء وهاء وهو والمعقول المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا بخلاف بيعه بحسنه مجازة فانه لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته لان الفضل حينئذ

ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمن فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما في المسلم فيه قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازة) لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بحسنه مجازة لما فيه من احتمال الربا

نقل عن فخر وجه الله صحة بيع الثوب لان الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لان النقد لا يتعين فاضافة اليه قد ادى الى بدل الصرف كعدم اضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدراهم لم يصفها وهذا على احدي الروايتين عنه أن النقود لا تتعين في البياعات فأما على الرواية الاخرى عنه فيجب أن لا يصح بيع الثوب كقولنا قلنا قبض بدل الصرف واجب والاستبدال بقوته فكان شرط ايفاء غن الثوب من بدل الصرف شرطا فاسد اذ لا يمنع الجواز لاسقاط الثمن به كذا ذكر غير واحد ولا يخفى كثرة ما ذكرنا في عدم تعيين النقد في البيع من انه لو أشار الى دراهم وعينها كان له أن يحجبها ويدفع غيرها وحاصل شراء الثوب ببديل الصرف ليس الاتعيين الثمن الدراهم فلو كان ذلك شرطا فاسدا منع الجواز بطل ما ذكرنا في عدم تعيين الدراهم في البيع وكان كلما تعينت الدراهم فسد البيع لانه لا يتعين لأجرم أن المصنف انما أجاب بأن الثمن في باب الصرف مبيع لاستدعاء البيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن فكان كل غن منهما مبيعا وثمان وجهه بدل الثوب وغنه يبيع له وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز يعني واذا لم يجز لم يدخل في ملك بائع الثوب وأنت تعلم أن زفر انما قال يجوز بيع الثوب بناء على عدم تعيين بدل الصرف غنا فإذن ان يعطى من غيره ولا شك أنه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعيين نقده بدل الصرف في غنه كان بالضرورة قائلا بأن البيع انعقد موجبا دفع مثله ويكون تسمية بدل الصرف تقدير الثمن سواء سميت مبيعا أو غنا لانه أعيا لم يزم بيع المبيع قبل القبض اذ لم يزم تسليمه بعينه وليس هنا هكذا فان كان هذا واقعا لم ينتهض ما دفع به المصنف من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب واعطاء غن عليه البائع ولما لم يمكن تعليق بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة اعطاء غيره وهكذا نقل القدوري عنه أعني أن البيع الثاني جائز ويكون غن المبيع مثل الذي في نعمة المشتري قال وهذا على احدي الروايتين عن زفر ان الدراهم لا تتعين فاذا لم يتعين يقع البيع مثل بدل الصرف وعلى هذا فبطلان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب مشكل وتطير النهاية بغاصب الدراهم اذا اشترى وأشار اليها ودفع منها حيث يحرم الاتفاق بذلك المبيع حيث لا غير مطابق لان اعادة بيع الثوب على ما ذكرنا بأن يدفع مثل بدل الصرف لان نفسه (قوله ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازة) وكذا سائر الاموال الربوية بخلاف جنسها كالخنة بالشعر لان المانع من المجازة اشتراط العلم بالمساواة (والمساواة غير مشروطة فيه) أي في بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك (لكن يشترط فيه القبض في المجلس لما ذكرنا) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالاهاء وهاء

موهوم والموهوم في هذا الباب كالتحقق والنبي صلى الله عليه وسلم لم يرد المائلة في علم الله لانه لا يسيل الى ذلك وانما أراد المائلة في علم العاقدين ولم يوجد وان لم يوجد فان كانوا زنا في المجلس وعلم في المجلس تساويا كان القياس أن لا يجوز وقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة

قال المصنف (ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع) أقول ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلا يعتبر في كونه مبيعا فاما اذا جعل في مقابلة الثوب كما لا يخفى ويؤيد ذلك ما سيجي في بيع الدراهم الغالبة الغش عنهما متفاضلا حيث شرط القبض في المجلس (قوله اذا كانت دينارا) أقول وقابلها مبيع

وقال زفر وجهه الله اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس أو بعده لان الشرط هو المماثلة والفرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراد بها ما هو في علمها قال ( ومن باع جارية قيمتها ألف منقال فضة الخ ) الجمع بين النقود وغيره في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا عما يقابلها من الثمن باع جارية قيمتها ألف منقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه ألف منقال بأثنى منقال ونقد من الثمن ألف منقال ثم افترقا فالذي نقد عن الفضة لأن قبض حصة الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض عن الجارية ليس بواجب ولا معارضة ( ٣٧٤ ) بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب تفريرا للذمة

كما اذا ترك سجدة صلاتية وسها أيضا ثم أتى بسجدة السهو وسلم تصرف إحدى سجدة في السهو إلى الصلواتية وان لم ينوها ليكون الاتيان بها على وجه العكس وكذا لو اشترها بأثنى منقال ألف نسيئة وألف نقد فالنقد عن الطوق لأن الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وكذا الوباغ سيفا محلى بمائة درهم وحلته خسون ودفع من الثمن خمسين فان دفع ساكتا عنه ما جاز البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما بينا أن الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح بذكرهما فكذلك لأن الاثنى قد براد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرج من أحدهما فيجعل عليه بقرينة الحال وان قال عن عن الحلية خاصة فلا كلام

قال ( ومن باع جارية قيمتها ألف منقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته ألف منقال بأثنى منقال فضة ونقد من الثمن ألف منقال ثم افترقا فالذي نقد عن الفضة ) لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب ( وكذا لو اشترها بأثنى منقال ألف نسيئة وألف نقد فالنقد عن الطوق ) لأن الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما ( وكذلك ان باع سيفا محلى بمائة درهم وحلته خسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمين من ثمنهما لأن الاثنى قد براد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما فيجعل عليه لظاهر حاله ( فان لم يتقابضا حتى افترقا

لكن العادة في مثله أن يقول لما روي بنما المراد بالمجلس ما قبل الافتراق فغير بالمجلس عنه ( قوله ومن باع جارية قيمتها ألف منقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه ألف منقال بأثنى منقال فضة ونقد من الثمن ألف منقال ثم افترقا ) صرف المنقود إلى الطوق وان لم ينص الدافع عليه وكذا لو قال خذ هذه من ماصرف أيضا إلى الطوق وصح البيع فيه ما تحرر بالجواز بتحكيم ظاهر حالهما اذا الظاهر قصدتهما إلى الوجه المعصم لأن العقد لا يفيده تمام مقصودهما إلا بالصفة فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر والظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه ألف من عن الجارية فان الظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه فاذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما اذا لم يقبضه فان قلت ففي قوله خذ هذه من ماصرفه أيضا قلنا لان السلم لان المثنى قد استعمل في الواحد أيضا ( قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من أحدهما ) وهو البحر الملح وبامعشر الجن والانس ألم يأتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس في مذهب أهل الحق وقال تعالى نسيأحوته ما وانما نسيأه في موسى ( وقال صلى الله عليه وسلم في ) قصة مالك بن الحويرث وابن عمه له اذا سافرتما أنا ذنا و اقيما وانما أراد أن يؤذن أحدهما ) وقال تعالى قد أجيب دعوتكما والمراد دعوة موسى إلا أنه قد قيل ان هرون كان يؤمن على دعائه فاذا صبح الاستعمال وكثر وجب العمل عليه لما قلنا و ذكرنا من قريب أنه لو كان الفساد بسبب الاجل في العقد شاع الفساد في الجارية أيضا على قول أبي حنيفة رحمه الله لأن الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق هذا ولقد وقع الافراط في تصوير المسئلة حيث جعل طوقها ألف منقال فضة فانه عشرة أراط بالمصري ووضع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتهما مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الاصل أنه اذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم اليه ومثل هذا فيما اذا باع سيفا محلى بمائة وحلته خسون وخمسين أو بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فانه يجب فيه هذه الاعتبارات ولو لم يتقابضا في صورتين حتى افترقا

فيه وان قال عن عن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لأن الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح من القول قوله ان المدفوع عن السيف فان لم يتقابضا شيئا حتى افترقا

( قوله اذا عرف التساوي بالوزن الخ ) أقول فيه بحث فانه اذا لم يوزن أصلا فالعقد محكوم فيه بالجواز كما صرح به الشارع وغيره في مسألة السيف والحلية فلا وجه لتعليق الجواز بمعرفة الوزن فليستأمل في جوابه ( قوله وان قال عن عن السيف الى قوله لان الترجيح الخ ) أقول فيه بحث

بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وأما في السيف فان كان لا يتخلص الا بضر فكذلك لعدم امكان التسليم بدونه ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالخدع في السقف وان كان يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لانه يمكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية (قوله وهذا اذا كانت الفضة المفردة) يعني الثمن (أزيد مما فيه) أي المبيع تعمم للكلام لان فرض المسئلة أن الحلية خسون والثن مائة فكان ذكره مستغنى عنه لكنه عمم الكلام لبيان الاقسام الاخر وهي أربعة الاول أن يكون وزن الفضة المفردة أزيد من وزن الفضة التي مع غيرها وهو جائز لان مقدارها يقابلها والرائد يقابل الغير فلا يقضى الى الربا والثاني أن يكون وزن المفردة مشتل المنظمة وهو غير جائز لانه بالان الفضل ربا سواء كان من جنسها أو من غير (٣٧٥) جنسها والثالث أن تكون المفردة

أقل وهو أوضح والرابع أن لا يدري مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وبوجه الفضل خلافا لفرقان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فان لم يعلم به حكم بجوازه والجواب أن ما لا يدري يجوز في الواقع أن يكون مثلا وان يكون أقل وان يكون زائدا فان كان زائدا جاز والافسد فتعددت جهة الفساد فترجحت واعترض بأن كل جهة منهم ماعلة لافساد فلا تصلح للترجيح وأجاب شمس الأئمة الكردي رحمه الله بأن مراده أنه اذا كان أحدهما يكتفي للحكم فما ظنك بهما لا الترجيح الحقيقي اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة قال (ومن باع اناه فضة ثم افترقا) ومن باع اناه فضة ثم افترقا

بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها) وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضر (لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالخدع في السقف) وان كان يتخلص بغير ضرر جاز بالبيع في السيف وبطل في الحلية) لانه يمكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه فان كانت مثله أو أقل منه أو لا يدري لا يجوز البيع للربا ولا حتماله وجهة الصحة من وجهه وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال (ومن باع اناه فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما) لانه صرف كله فصيح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع قال (ولو استحق بعض الاناء فالتشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته وان شاء رده) لان الشركة عيب في الاناء

بطل في حصة الطوق والحلية لانه صرف فيها وصح في الجارية وأما السيف فان كانت الحلية لم يتخلص منه الا بضر رقبه فسد في السيف أيضا لانه لا يمكن تسليمه الا بضر رقبه ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كما مر في خدع من سقف فان كان يتخلص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لانه يمكن افراده بالبيع وبطل في الحلية خاصة ثم الجواب في المسئلة مقيدها اذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن أكثر من الطوق والحلية فان كانت مثله أو أقل أو لا يدري واختلف المقومون في ذلك لا يجوز البيع للربا حقيقة فيما اذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البدل الاخر وهو المبيع الفضة زيادة من جنسه أو من غيره وهو نفس الجارية والسيف أو احتمال الربا فيما اذا لم يدرك الحال وتقدم أنه لا بد من العلم بالمساواة فان قيل في صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد أجاب بأن جهة الفساد متعددة فانها من وجهين وهو تجوز الأقلية والمساواة بخلاف الصحة فانها على تقدير واحد وهو الزيادة فترجحت جهة الفساد على أن مجرد احتمال الربا كاف في الفساد فلا حاجة الى الترجيح مع أنه يرد عليه أن الترجيح بما يصلح بنفسه علة للفساد ويحتاج الى الجواب بأن المعنى ان احتمال أحدهما فقط مفسد فكيف اذا احتملا وعلى هذا كل ما اشترى بالفضة فضة مع غيرها أو بالذهب ذهبا مع غيره (قوله ومن باع اناه فضة بفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما) لانه صرف كله فصيح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض ولا يشيع (الفساد في الكل لانه طارئ) بعد صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانهقاد على وجه الصحة في الكل (فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع) ولا يتخير واحد من المتعاقدين لان عيب الشركة جاء بفعلها وهو الافتراق بلا قبض بخلاف ما لو استحق بعض الاناء فان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته وان شاء رده (لان الشركة عيب) ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة

بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في الاناء لانه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصيح أي بقي صحه في بعض وبطل في آخر وهذا بناء على أن القبض في المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفة وذلك فاسد لان تفريق الصفة قبل تمامها لا يجوز وهنا الصفة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفة قال (ولو استحق بعض الاناء الخ) أي ولو استحق بعض الاناء في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الاناء عيب للشركة اذا الشركة في الاعيان المجتمعة تعدد عيبا لا تنقصها بالبيع من غير صنعه فيتخير بخلاف صورة الافتراق فان العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض

قال (وباع قطعة نقرة الخ) المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب أو فضة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لان الشركة فيها ليست بعيب لان التبعض لا يضره بخلاف الاناء قال (ومن باع درهمين ودينار بدرهم ودينارين جازا البيع الخ) رجل باع درهمين ودينار بدرهم ودينارين جازا البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله (٣٧٦) لا يجوز وعلى هذا اذا باع كرشعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة

والاصل أن الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصفقة وكان في صرف الجنس الى الجنس فساد المبادلة يصرف كل جنس منها الى خلاف جنسها عند العلماء الثلاثة تصحح العقد خلافا لهما قالان في الصرف الى خلاف الجنس تغير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضية التقابل الانقسام على الشيوع لاعلى التعيين ومعنى الشيوع هو أن يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر والدليل على ذلك الوقوع فانه اذا اشترى قلبا أي سوارا بعشرة وثوب با بعشرة ثم باعهما مائة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بألف ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن من البائع بألف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بألف وان أمكن تصحيحه لصرف الالف اليه وكذا اذا جاع بين عبده وعبده غيره فقال بعثك أحدهما لا يجوز وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهمين ودينار بدرهمين

(ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له) لانه لا يضره التبعض قال (ومن باع درهمين ودينار بدرهم ودينارين جازا البيع وجعل كل جنس بخلافه) وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كرشعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة ولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لاعلى التعيين والتغير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوب با بعشرة ثم باعهما مائة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بألف وان أمكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جاع بين عبده وعبده غيره وقال بعثك أحدهما لا يجوز وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهمين ودينار بدرهمين ودينارين جازا البيع وجعل كل جنس بخلافه

نقرة ثم استحق بعضها حيث يأخذ الباقي بحصتها (ولا خيار له لانه لا يضره التبعض) فلم يلزم العيب وهو الشركة لا مكان أن يقطع حصته منها (قوله ومن باع درهمين ودينار بدرهمين ودينارين جازا البيع وجعل كل واحد من الجنسين بخلافه) فمعتبر الدرهمان بالدينارين والدرهم بالدينار (وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كرشعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة) أو باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا يدرى مقدار الحليتين وكذا درهمين ودينارين (لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغير تصرفه) أي تصرف العاقد (لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لاعلى التعيين) وهو أن يكون كل جزء على الشيوع مقابلا لكل جزء على الشيوع فيندرج فيه جنس ذلك الجزء بخلاف جنسه وأجزاء جنسه أكثر أجزاء دينارين أكثر من أجزاء دينار بالضرورة وليس المعنى أن كل جزء معين مقابل بكل جزء على العموم والا كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة ما يقابلها أو يقابل الكل بنفسه أشياء كثيرة وهو اعتبار يمكن لكنه مستنكر وهو أن يقابل الذرة بألف ذرة ثم تكون هذه الالف بنفسها مقابلة للذرة أخرى وأخرى ولانه حيثئذ يفتني الانقسام بآدنى تأمل والدليل على أن الانقسام كما ذكرنا ما لو اشترى عبدا وجارية بثوب وقرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والقرس جميعا ولو لا أن الانقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والقرس جميعا وتغير تصرفهما لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف بدليل الاجماع على أن من اشترى قلبا وبنه عشرة وعشرة وثوب با بعشرة ثم باعهما مائة صفقة واحدة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وحده ليخلو القلب عن التفاضل وكذا اذا اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بألف وان أمكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جاع بين عبده وعبده غيره وقال بعثك أحدهما لا يجوز وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهمين ودينار بدرهمين ودينارين جازا البيع وجعل كل جنس بخلافه

وثنو بدرهم وثنوب فافتقر فامن غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف الى الثوب وليس ذلك كله الامسا لا يجوز ذكرنا أن قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعيين فالتعيين تغير والتغير لا يجوز

(قوله والدليل على ذلك الوقوع الخ) أقول لا يطابق المشروح (قوله لما ذكرنا أن قضية هذه المقابلة الخ) أقول ذلك في الثالث غير ظاهر اذ ليس فيه مقابلة الجملة بالجملة بل مقابلة

ولأن المقابلة المطلقة تحتل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائز الإرادة فينبغي أن يكون مراداً ما أنه جائز الإرادة فلان كل مطلق بحتمل المقيد لا محالة ولهذا إذا باع كرو حنطه بكرمها فسد لان الكرم قابل الكرم وفضل الآخر وأما وجوب أن يكون مراداً فلا نه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه ولئن منع تعيينه لذلك بإمكان أن يكون درهم من الدرهم من بمقابلة درهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الآخر قلنا هذا غلط لاناً ما أردنا من الطريق الا الصرف الى خلاف الجنس على أى وجه كان على ان فيما ذكرتم تغيرات كثيرة وما هو أقل تغييراً متعين والجواب عن قولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه أن يقال فيه تغيير وصف التصرف أو أصله والاول مسلم ولا نسلم انه مانع عن الجواز والثاني ممنوع (٣٧٧) لان موجبه الاصل وهو ثبوت

الملك في الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحاً لتصرفه بخلاف ما عدا من المسائل أما مسألة المراجعة فلا نه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة أضيف البيع الى المنكر وهو ليس بحمل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة العقد انعقد تصحيحاً والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء لا يجوز وان كان يتوصل به الى تصحيحه قال امام الحرمين والمعمد عندى في التعليل اننا تعبدنا بالمائلة تحقيقاً وهنالك تحقق فيفسد العقد قال صاحب الوجيز والخصم أن يقول تعبدنا بتحقيق المائلة فيما اذا تعاضت مقابلة الجنس بالجنس أم على الاطلاق فان قلت الثاني ممنوع وان قلت الاول فسلم وليس صورة الخلافية انتهى ببعض تغيير وحاصله انه ان على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزم الشافعي بالشائع لا يقتضى الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازماً حقيقة وذلك لا يكون الا اذا قبل معين معين وتفاضلا وحينئذ لا حاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل الى خلاف جنسه عينا لكن الاصحاب اقتحموه بناء على أصلي اجماعى وهو ان مهما أمكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على المجاوز وترك حقيقة ته اذا كان لا يصح على تقديره ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ بها اذا كان لا يصح الا بذلك كأنهم نظر والى أن المقابلة على وجه الشروع ان لم تقتض حقيقة الربا استلزم شبهة وشبهة الربا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك انما يقتضى مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه لان اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا بجنس معين بدليل أنه يصح تفسيره فانه لو قال بعث هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى أن الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين لتصحيح فوجب جملة عليه وعلى هذا التقدير لا حاجة الى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كأنه نظر الى أن الظاهر هو مقابلة الجملة بالجملة شائناً لأصله لانه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اتفقا عليه فيما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحاً لتصرفه بخلاف المسائل المذكورة فان عدم الصرف فيها عدم الامكان والتعيين أما مسألة المراجعة فعدم الصرف لانه يتغير أصل العقد اذا بصير تولية في القلب واعتراض بأن مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المثني على الواحد في مسألة الطوق

الملك في الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحاً لتصرفه وان كان في ذلك تغيير وصف التصرف من الشروع الى معين لما كان أصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باق قائم أجاب عن المسائل المستشهد بها أما الاولى أعني مسألة المراجعة في قوله لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب ولا يخفى لو من أن يكون مراده أنه تغيير في الاصل أو غير ذلك فان كان الثاني فلم يمينه وان كان الاول فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والمثنى ان الانتقال من الزيادة الى النقصان تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وله له يجوز أن يقال ان ذلك في المساومة أما اذا صرحا بذكر المراجعة فالتغيير الى التولية في أصل

ولان المقابلة المطلقة تحتل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيح التصرف وفيه تغيير وصفه لأصله لانه يبقى موجبه الاصل وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحاً لتصرفه بخلاف ما عدا من المسائل أما مسألة المراجعة فلا نه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة أضيف البيع الى المنكر وهو ليس بحمل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة العقد انعقد تصحيحاً والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء لا يجوز وان كان يتوصل به الى تصحيحه قال امام الحرمين والمعمد عندى في التعليل اننا تعبدنا بالمائلة تحقيقاً وهنالك تحقق فيفسد العقد قال صاحب الوجيز والخصم أن يقول تعبدنا بتحقيق المائلة فيما اذا تعاضت مقابلة الجنس بالجنس أم على الاطلاق فان قلت الثاني ممنوع وان قلت الاول فسلم وليس صورة الخلافية انتهى ببعض تغيير وحاصله انه ان على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزم الشافعي بالشائع لا يقتضى الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازماً حقيقة وذلك لا يكون الا اذا قبل معين معين وتفاضلا وحينئذ لا حاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل الى خلاف جنسه عينا لكن الاصحاب اقتحموه بناء على أصلي اجماعى وهو ان مهما أمكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على المجاوز وترك حقيقة ته اذا كان لا يصح على تقديره ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ بها اذا كان لا يصح الا بذلك كأنهم نظر والى أن المقابلة على وجه الشروع ان لم تقتض حقيقة الربا استلزم شبهة وشبهة الربا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك انما يقتضى مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه لان اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا بجنس معين بدليل أنه يصح تفسيره فانه لو قال بعث هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى أن الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين لتصحيح فوجب جملة عليه وعلى هذا التقدير لا حاجة الى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كأنه نظر الى أن الظاهر هو مقابلة الجملة بالجملة شائناً لأصله لانه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اتفقا عليه فيما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحاً لتصرفه بخلاف المسائل المذكورة فان عدم الصرف فيها عدم الامكان والتعيين أما مسألة المراجعة فعدم الصرف لانه يتغير أصل العقد اذا بصير تولية في القلب واعتراض بأن مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المثني على الواحد في مسألة الطوق

(٤٨ - فتح القدير خامس) العقد لا في وصفه وأما الثانية فبقوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف للمشتري وقد تقدمت هذه المسئلة في شرعاً ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأما الثالثة فلا نه أضيف البيع الى المنكر والمنكر ليس بحمل للبيع والمعين ضده والشئ لا يتناول ضده وأما في الاخيرة فان العقد قد انعقد صححاً وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح

(قوله فلان كل مطلق يحتمل المقيد الخ) أقول فيه بحث (قوله فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن) أقول لعل مراده هو المنع القوي فلا يرد انه يؤل الى مقابلة المنع بالمنع

والجارية أن يحمل قوله بعتم ما بعشرين مائة فيم مائة عشرة أن يحمل فيه ما على أحدهما يعني الثوب  
كما حل قوله خذ هذه الألف من غنم ما على غن أحدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصبر مائة لايضر  
أذ يصدق أن العقد مائة بنبوت الرجح في بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفي المسئلة الثانية وهو  
ما إذا باع عبد اشتراه بألف من اشتراه منه مع عبد آخر بألف وخمسمائة طريق تصحيحه غير متعين أن  
يكون بصرف الخمسمائة إلى العبد الآخر فيكون بائعاً ما اشتراه من اشتراه منه بمثل ما اشتراه منه لأنه  
كما يكون بذلك يكون بصرف أكثر من الخمسمائة بدرهم أو درهمين أو غير ذلك إلى العبد الآخر فيصير  
بائعاً للثبتي من اشتراه منه بأقل مما اشتراه منه ونقض بأن طريق الصفة أيضاً ليس متعيناً فيما  
قلتم بل له وجه آخر وهو أن يعتبر بمقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة  
الدينار والدينار الآخر بمقابلة الدرهم أوجب بأن التغيير ما يمكن تقليله متعين وتصحيح التصرف مع قلته  
التغيير لا يكون إلا بما قلنا فكان ما قلنا متعيناً بخلاف ما فرض فإن فيه ثلاث تغييرات وأيضاً فإن الذي  
ادعناه طريقاً بقاء متعينا هو صرف الجنس إلى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق وما  
ذكرتم من ذلك ومن أن أن يصرف نصف درهم إلى نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار في  
فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس إلى خلاف الجنس وإلى هذا يرجع قول صاحب الكافي  
في الجواب التعبد أنما يمنع الجواز إذا لم يكن لأحد الوجه ترجيح بل تساوت لأنه حينئذ يلزم الترجيح  
بلا مرجح فتمتنع الوجه فيمتنع أما إذا كان فلا وفيما اعتبرناه ذلك لأن العقد ورد على اسم الدرهم  
والدرهمين فلا يغير عنه ونحن أسلفنا في أصل هذا الأصل نظراً استند إلى جواز ثبوت الشيء بغير  
مستقلة أجمعت دفعة وأما في المسئلة الثالثة وهي ما إذا باع بين عبده وعبده وقال بعثك أحدهما  
فلا يلزم البيع أصيب إلى المنكر وهو ليس بعمل للبيع لجهالة ولأن المعين ضده فلا يحمل الشيء على  
ضده فليس بشيء لأن المعرفة مما صدقات النكرة فإن زيداً يصدق عليه رجل ولا شك أنه يحتمل  
فيجب حمله عليه وقد قال أبو حنيفة في قوله عبدى وأجارى حرانه يفتق العبد ويجعل استعارة المنكر  
للمعرفة وكذا ما قيل إن تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو لم يضاف إلى المعين وأعلم أن ما ورد على  
دفع النقوض المذكورة أن لفظه جواب فذلك والألف لا يضره النقض في اثبات المطلوب إذا ثبت  
أنه خطأ في محل آخر إذا اعترف بخطئه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأ في محل النزاع وأما في  
المسئلة الأخيرة وهي ما إذا باع درهماً ما وثبوا بدرهم وثوباً واقتربا لاقبض فليس مما نحن فيه فإن العقد  
انعقد صححوا وإنما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بفساد وكلامنا ليس  
في الفساد الطارئ فإن قيل فليصرف الجنس إلى خلاف جنسه ليعق صححاً كما يصرف لبنه قد  
صححوا والمقتضى واحد دفع ما هو الاحتمال للصحة قلنا الفساد هناك ليس طريقاً متحققاً ولا مطلقاً  
ليجب اعتبار الصرف من أول الأمر بل يتوهم لأن الظاهر أنه ما يتقاضان بعد ما عقد قبل الافتراق  
فلا يحتاج إلى ذلك الاعتبار وأما المسئلة المستشهد بها أولاً وهي الرجوع في غن الثوب والفرس فأنما  
تشهد على أن المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الأصل وأنما قلنا إذا كان تصحيح  
العقد يخص لبا اعتبار التوزيع وجب المصير إليه وهو ثابت في المسئلة المفروضة ألا ترى إلى ما في  
الابضاح قال الأصل في هذا الباب أن حقيقة البيع إذا اشتملت على ابدال وجب قسمة أحد البدلين  
على الآخر وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالنقص عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما يجب  
فيه الشفعة فإن كان العقد مما لا ربا فيه فإن كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الأجزاء وإن كان مما يتفاوت  
فالقسمة على القيمة وأما فيما فيه الربا فأنما يجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد مثله باع  
عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فإن الخمسة بالخمسة والآخرى بالآخرى بالدينار وكذا

قال ( ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار الخ ) المسئلة المتقدمة كان البدل ان فيها جنسين من الاموال الربوية وفي هذه  
أحدهما وهي صحيحة كالاول وتكون العشرة بعثتها والدينار بالدرهم لان شرط الصرف التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو  
موجود ظاهر اذا الظاهر من حال البائع ارادة هذا النوع من المقابلة جلا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجائز دون الفاسد قال ( ولو  
تبايعا فضة بفضة الخ ) ولو باع عشرة دراهم وشيئا معه بخمسة عشر درهما فاما ( ٣٧٩ ) أن يكون عماله قيمة أولا والاو اما ان

تبلغ قيمته الفضة أولا فان  
كان مما لا قيمة له كالتراب  
مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة  
لم يقابلها عوض فتحقق الربا  
وان كانت قيمته تبلغ الفضة  
كثوب يساوي خمسة جاز  
بلا كراهة وان لم تبلغ فهو  
جاز مع الكراهة ككف  
من زبيب أو جوزة أو بيضة  
والكراهة اما لانه احتيال  
للسقوط الربا فيصير كبيع  
العينة في أخذ الزيادة بالحيلة  
واما لانه يرضى الى أن يألف  
الناس فيستعملوا ذلك فيما  
لا يجوز فان قيل فالمسئلة  
المتقدمة مشتملة على  
ما ذكرنا ولم تذكر فيها  
الكراهة أوجب بأنه انما  
لم يذكرها لانه وضع المسئلة  
فيما اذا كان الدينار الزائد  
مقابل للدرهم وقيمة الدينار  
تبلغ قيمة الدرهم ولا تزيد  
وعلى هذا يكون الدينار غير  
المصطلح وهو ما يكون قيمته  
عشرة دراهم والحق ان  
السؤال ساقط لان الكراهة  
انما هي للاحتيال لسقوط  
ربا الفضل وهو لا يتحقق في  
المسئلة المتقدمة لان فيها  
الظاهر من حالها ما ارادة

قال ( ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جازا للبيع وتكون العشرة بعثتها والدينار  
بدرهم ) لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار  
وهما جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما ( ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما  
شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جازا للبيع من غير كراهية وان لم تبلغ وقع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب  
لا يجوز البيع ) لتحقق الربا بالزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا قال ( ومن كان له على آخر عشرة  
دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينار بعشرة دراهم ودفع الدينار وبقاها العشرة بالعشرة فهو جائز )

لو قابل جنسين بنفسين كما في مسئلة الكتاب انتهى ونظير المسئلة المذكورة المسئلة التي تلي هذه وهي  
( قوله ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جازا للبيع ) وتكون العشرة بعثتها والدينار  
بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل وهو بذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهو ما جنسان لا يعتبر  
التساوي بينهما ثم فرع المصنف فرعين فله أن بعض هذه البياعات وان كانت جائزة في الحكم فهي  
مكروهة فقال ( ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب ) يعني وأحدهما أقل من الآخر الا أن مع الأقل شيء  
آخر كفلس أو غيرهما يبلغ قيمته قدر الزيادة في البدل الآخر أو أقل بقدر يتغلب فيه فالبيع جائز  
من غير كراهة وان لم يكن فهو جائز مع الكراهة كأن يوضع معه كف من زبيب أو فلسين وقيل لمحمد  
كيف تجده في فلبك قال مثل الجبل ولم تروا الكراهة عن أبي حنيفة بل صرح في الايضاح أنه لا بأس  
به عند أبي حنيفة قال وانما كرهه محمد ذلك لانه اذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل واستعملوه  
فيما لا يجوز وهكذا ذكر في المحيط أيضا وقيل انما كرهه لانهم ما بنوا الحيلة لسقوط الربا كبيع  
العينة فانه مكروه لهذا وأوردوا لو كان مكروها كان البيع في مسئلة الدرهمين والدينار بدرهم  
ودينارين وهي المسئلة الخلافية مكروها ولم يذكره أوجب بأنه انما لم يذكر الكراهة هناك لانه وضع  
المسئلة فيما اذا كان الزائد دينار بمقابل الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وحينئذ لا كراهة  
ولا يخفى أن العقد واحد وكما أن قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا تبلغ قيمته قيمة الدينار  
ولا تنقص بقدر يتغلب فيه فالحق مكره بالنظر الى الطرف الآخر والذي يقتضيه النظر أن يكون  
مكروها اذا لفرق بينهما وبين المسئلة المذكورة في جهة الكراهة وغاية الامر أنه لم ينص هناك على  
الكراهة فيه ثم ذكر أصلا كليا يفده وينبغي أن يكون قول أبي حنيفة أيضا على الكراهة كما هو  
ظاهر اطلاق كلام المصنف من غير ذكر خلاف وأما اذا ضم ما لا قيمة له ككف من تراب لا يصح لانه  
لم يقابل الزيادة مال ( فرع ) اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر في التراب شيء فظاهر  
وان ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة ولهذا لو اشترى تراب فضة لا يجوز لان البدل من هو ما الفضة  
لا التراب ولو اشترى تراب بذهب أو بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمائنة لاختلاف الجنس فلو ظهر أن  
لا شيء في التراب لا يجوز وكل ما جاز فاشترى التراب بالخيار اذا رأى لانه اشترى ما لم يره ( قوله ومن له على آخر  
عشرة فباعه الذي عليه العشرة دينار بعشرة دراهم وقبض الدينار ) فان كان أضاف الى العشرة الدين جاز

المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة بين حقة من زبيب والفضة الزائدة ليست بظاهرة ( قوله ومن كان له على آخر عشرة دراهم الخ )  
مسئلة يبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة أقسام لانه اما أن يكون سابقا ومقارنا أو لاحقا فان كان سابقا وقد أضاف اليه العقد كما اذا  
كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينار بالعشرة الذي عليه فانه يجوز بخلاف وسقطت العشرة عن ذمة من هو عليه

( قوله وهو لا يخفى في المسئلة المتقدمة ) أقول فيه بحث ( قوله وهو على ثلاثة أقسام الخ ) أقول ان اعتبر ما اضيف اليه العقد  
فلا أقسام انما سابق ومقارن وان اعتبر ما وقع به المقاصة فكذلك سابق ولاحق فلا وجه لبعده ثلاثة

لأنه ملكها بدلا عن الدينار غاية ما في الباب أن هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض أحد العوضين احتراز عن الكالي بالكالي وبشترط قبض الآخر احتراز عن الربا وذلك لأن قبض أحد البدلين حصل الأمن عن خطر الهلاك فلو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لأن الدين في معنى التأدي فيلزم الربا وهذا معدوم فيما نحن فيه لأن الدينار نقد وبذله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلمه فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله أن تعيين أحد البدلين بعد قبض الآخر للاحتراز عن الربا ولا يفي دين بسقط وانما هو في دين يقع الخطر في عاقبته وإن كان مقارنا بأن أطلق العقد ولم يصف إلى العشرة التي عليه ودفع الدينار فاما أن يتقاضا أولا فإن كان الثاني لم تقع المقاصة ما لم يتقاضا بالاجماع وإن كان الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس يفيقه وبه قال زفر رحمه الله لأنه استبدل ببديل الصرف وهو لا يجوز كالأخذ ببديل الصرف عرضا ووجه الاستحسان أنه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعمين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لأن بدل الصرف واجب التعمين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لکنهما إذا أقدم على المقاصة بتراضيهما لا بدعة من تصحيح ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لو لا ذلك كان استبدال الابدل للصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء ولهما ذلك لأنهما فسخ أصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بألف ثم ألف وخسمائة وفيه بحث من أوجه الاول أن عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا أضيف العقد الى الدين السابق الثاني أن الثابت بالاقتضاء يجب أن يثبت على وجه لا يبطل به المقتضى واذا ثبت الفسخ المقتضى بطل المقتضى وهو المقاصة لأنه يقتضى (٣٨٠) قيام العشرة الثابتة بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث أن العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض

الدينار على المائع بحكم الأقلية لأن الأقلية لا تصرف حكم الصرف والجواب عن الاول ما أشار اليه المصنف رحمه الله بوجه (وفي الاضافة الى الدين) يعني المعهود (تقع المقاصة بنفس العقد على ما بينه) وعن الثاني بطلان المقاصة تقتضى قيام العقد وهو موجود لانهم لما أبطلوا عقد الصرف صار كأنهم عقدوا عقدا جديدا فصح المقاصة به وعن الثالث بأن الأقلية ضمنية تثبت في

ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس المبيع لعدم المجانسة فاذا اتقاضا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لو لا ذلك يكون استبدال الابدل للصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما بينه والفسخ قد ثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بألف ثم ألف وخسمائة وزفر بخالفنا فيه لأنه لا يقول بالاقتضاء

اتقافا ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعينه بالقبض لأن تعيين أحد البدلين في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر لدفع الربا بالتساوي وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة بقبض أحد العوضين وهو الدينار والقبض الذي يحقق منه التعيين في البدل الآخر قد تحقق سابقا فعند الاضافة الى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضا قبضا يحصل به التعيين بخلاف ما اذا لم يصف اليه لأن موجب العقد حينئذ عشرة مطلقة لا يلزم أن تكون هذه العشرة الدين ولذا قال زفر رحمه الله فيما اذا باعه المديون بالعشرة دينار بعشرة وهي مسئلة

ضمن المقاصة فجاز أن لا يثبت لمثل هذه الأقلية حكم البيع وزفر رحمه الله حيث لم يقل بالاقتضاء لم يوافقهم في المسئلة فتعين له الكتاب وجه القياس فان قيل لم ترك المصنف رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روى أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني أكرى ابلا بالمبيع الى مكة بالدرهم فآخذم كما تهادنا ثم أوقال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس بذلك اذا اقرتما وليس ينسكا عمل فالجواب أنه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انها كانا يضيقان العقد الى الدين الاول أو الى مطلقة فلم يكن فاطعا حتى يلتزمه زفر

(قوله وبشترط قبض الآخر احتراز عن الربا وذلك الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى الربا (قوله بأن أطلق العقد الخ) أقول فانه اذا أطلق يكون بدل الدينار وهو العشرة دينار في ذمة المشتري مقارنا للعقد فان الفرض انه لم يتقبل تقاضا (قوله ما لم يتقاضا) أقول هذا زائد (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد) أقول الاولى أن يقول لقوله عليه الصلاة والسلام هاهنا فلفظ الحديث الدال على وجوب قبض العوضين في المجلس في بيع الذهب بالفضة وعكسه على ما رواه المصنف هذا الآن يكون من قبيل النقل بالمعنى (قوله فكان لهما تغيير وصف العقد) أقول فيه بحث أن هذا ليس بتغيير وصف قال المصنف (وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة) أقول فان اختلف في الثاني في صحة المقاصة في هذه الصورة فاعلم أن في الاضافة الى الدين لا يمتنع الدين ولهذا اذا تصادقا أن لا يبطل العقد كما يجب في كتاب الوكالة فمكان الاطلاق والتقييد سواء فليأمل قال المصنف (على ما بينه) أقول قال الاتقاني اشارة الى قوله فكفي ذلك للجواز انتهى وفيه بحث (قوله فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة الخ) أقول الاطلاق وتركه التفصيل في موضع يحتاج اليه يكنى لهجة الاستدلال

وان كان لاحقا بأن اشترى دينار بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم ان اشترى الدينار باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا ففيه روايتان في رواية أبي سليمان وهي التي اختارها خنجر الاسلام وقال المصنف في أصح الروايتين تقع المقاصة وفي رواية أبي حفص واختارها شمس الأئمة وقاضيان لا تقع المقاصة لأن الدين لاحق والتي صلى الله عليه وسلم حوز المقاصة في دين سابق يحدث ابن عمر رضي الله عنهما ووجه الأصح ان قصد هما المقاصة يتضمن الانقاسخ الأول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الأول وهو ليس بدافع (٣٨١) كاترى الا اذا أضيف أن القياس

يقضى أن لا تقع المقاصة بين الدين والعين أصلا لعدم المجانسة الا انه استحسن ذلك بالآثر ويقوى هذا الوجه ان الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم فالمطلق والمقيد منه سواء وقد وقعت المقاصة اذا أضيف الى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد نسخ العقد الاول والا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف أو يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي عقد واحد فاذا أضيف الى الدين السابق تجانسا واذا أضيف الى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وانما المجانسة حينئذ بينهما وبين الدين المقارن وهذا أوضح قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمي غلة الخ) الغلة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبة فريدها بيت المال لا لزيافتها بل لا يكونم اقطاعا يأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهمي غلة بدرهمين

وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا كذلك في أصح الروايتين لتضمنه انقاسخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفي ذلك للجواز قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمي غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) والغلة ما يرد بيت المال ويأخذها التجار ووجهه تحقيق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال (واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيه ما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا يبيع بعضها ببعض الامتساو في الوزن وكذلك يجوز الاستقراض بها الا وزنا) لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا بقليل غش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه الكتاب ثم نقاصا لا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعينة ونحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير معينة بالقبض وبالاضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت كذلك غير أنه بقبض سابق كذا كرنا ولا يبالى به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التفرير لا حاجة الى اعتبار نسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق بخلاف ما لو باع بألف ثم بألف وخمسائة فان الفسخ لازم لان أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة المطلقة مع هذه العشرة للصدق لان الاطلاق ليس قيد في العقد بها والالم يكن قضاؤها أم لا لا وجود للطلق بقيد الاطلاق وعلى ذلك مشوا وتفريرهم أنهم لما غيروا موجب العقد فقد فسخاها الى عقد آخر اقتضاء ولما لم يقل زفر بالاقتضاء ولذا لم يقل في أعتق عبدك عنى بألف أنه يقع عن الامر اذا أعتقه المالك لم يفسخ فلا يتحول حكمه (وهذا اذا كان الدين سابقا) على بيع الدينار (فان كان لاحقا) قبل الافتراق والمسئلة بمجالها بان عقد اعلى الدينار بعشرة ثم باع مشتري الدينار من بائعه ثوبا بعشرة ثم قاصصه بثمن الدينار عنهما في رواية لا يصح والاصح أنه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المصنف من حصول الانقاسخ والاضافة الى الدين بعد تحققه وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقر من بائع الدينار عشرة من المشتري أو غضب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد منه القبض (قوله ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهمي غلة ودرهم صحيح والغلة ما يرد بيت المال) لا لزيافة بل لانها دراهم مقطعة مكسرة يكون في القطعة ربع وغن وأقل وبيت المال لا يأخذ الا العالي وانما جاز للمساواة في الوزن والجودة فالعقصة ساقطة الاعتبار لان الجودة في الأموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة (قوله واذا كان الغالب الخ) الدراهم والدنانير اما ان يكون الغالب عليها الذهب والفضة والغش أقل أو الغالب الغش والذهب والفضة أقل أو متساويين فان كان الغالب الذهب في الدنانير والفضة في الدراهم فما كالأذهب الخالص والفضة الخالصة اعتبار الغالب لانها على ما قيل قلما تنطبع الا بقليل غش (وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي عنه)

صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقتضى وانتفاء المانع أما الاول فلصدوره عن أهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة وأما الثاني فلأن المانع ان تصوره هنا في الجودة وهي ساقطة العبارة عند المقابلة بالجنس قال (وان كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الخ) الاصل ان النقود لا تخلو عن قليل غش خلقية أو عادة فالاول كما في الردي والثاني ما يخلط للاضطباع فانها بدون تنقذ فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لأثر المغلوب في مقابلة الغالب كالأتمالك فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا يبيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها الا امتساو في الوزن

(قوله ويقوى هذا الوجه) أقول أى وجهه الأصح

(وإن كان الغالب عليها الغش فليسافي حكم الدراهم والدينارين) فإن اشترى بها إنسان فضة خالصة فإن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدرى فالببيع فاسد وإن كانت أكثر صريح وهي الوجوه المذكورة في حلية السيف (وإن بيعت بخمسها متفاضلاً لاجزءها من الجنس (٣٨٣) إلى خلاف الجنس وهي في حكم فضة وصغر) (قوله ولكنه صرف) جواب عما يقال

اذا صرف الجنس الى خلاف  
 الجنس فلا يكون صرفا فلا  
 يبقى التقابض شرطا ووجه  
 ذلك ان صرف الجنس الى  
 خلاف جنسه ضرورة صحة  
 العقد والثابت بالضرورة  
 لا يتعدى فبقى العقد فيما  
 وراء ذلك صرفا واشترط  
 القبض في المجلس لوجود  
 الفضة من الجانبين واذا  
 شرط القبض في الفضة  
 يشترط في الصفر لانه لا يتميز  
 عنه الا بضرر (وهذا يشير  
 الى أن الاستهلاك إنما  
 يتحقق عند عدم التمييز  
 قال المصنف رحمه الله  
 (ومشايخنا) يريد به علماء  
 ما وراء النهر (لم يفتوا بجواز  
 ذلك) يعني التفاضل (في  
 العدالي والغطارفة) أي  
 الدراهم العطر بنية وهي  
 المنسوبة الى عطر يف بن  
 عطاء الكندي أمير خراسان  
 أيام الرشيد وقيل هو  
 خال هرون الرشيد (لأنها  
 أعز الاموال في ديارنا فلو  
 أبيع التفاضل فيه) أي لو  
 أننى باباحته (تدرجوا الى  
 الفضة والذهب بالقياس) ثم  
 المعتبر في المعاملات بها المعتاد  
 (فان كانت تروج بالوزن  
 كان المتابع والاستقرار

فيها بالوزن وان كانت تروج بالعدفهما فبالعد وان كانت تروج بمافيهما فكل واحد منهما ما حيث لم يكن  
منصوصا عليها ثم هي مادامت تروج تكون اثما لا لاتعين بالتعين فان هلك قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله  
(قوله وهذا يشير الى أن الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز) أقول تحقيقه في النهاية ثم أقول وجه الاشارة لا يتخلو عن خفاء ثم قوله  
الى ان الاستهلاك أي استهلاك المغلوب من الفضة والصفر

(وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين) كل رصاص والسوق وبيطل العقد بطلان كذا قبل التسليم إذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم وان لم يعلم أولم يعلم أحدهما أو علما ولكن لم يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي عليها معاملات الناس دون المشار إليه (وان كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزئوف لا تتعلق العقد بعينها بل بجنسها زئوفان علم البائع خاصة لانه رضى بجنس الزئوف وان لم يعلم يتعلق العقد بجنسها من الجهاد لعدم الرضا منه بالزئوف وإذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة (٣٨٣) بها بطل العقد عند أبي حنيفة

وقال أبو يوسف ومحمد لم يبطل وعليه قيمته الكسب عند أبي يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد آخر ما تعامل الناس به والمصنف فسر الكساد بترك الناس للمعاملة به ولم يذكره في كل البلاد أو في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل أن عدم الرواج انما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصيرها كالزئوف ويبقى البيع بلاغن وأما إذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يتركه تعيب فكان للبائع اختيار ان شاء قال أعط مثله النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمة ذلك دنائير قالوا وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد وأما على قولهما فلا يستقيم وينبغي أن يكتب بالفساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلاس بالفلسين

وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وإذا كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزئوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زئوفان كان البائع يعلم بحالها التحق الرضا منه وبجنسها من الجهاد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه (وإذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف رجحما الله عليه قيمته يوم البيع وقال محمد رجحه الله قيمتها آخر ما تعامل الناس به) لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع أو انه وإذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف رجحه الله وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رجحه الله يوم الانقطاع لانه وان الانتقال الى القيمة ولا يوجب حنيفة رجحه الله ان الثمن به لك بالكساد لان الثمن بالاصطلاح وما بقي

(وان كانت غير رائجة فهي سلعة تتعين بالتعيين) وبيطل العقد بطلان كذا قبل التسليم وهذا إذا كان يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم فان كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد لا بالمشار إليه من هذه الدراهم التي لا تروج وان كان يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزئوف والذريعة في البيع بجنسها لا بعينها كما هو في الرائجة لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لانه رضى بذلك وأدرج نفسه في البعض الذي يقبلونها به وان كان البائع لا يعلم يتعلق العقد على الأروج فان استوت في الرواج جرى التفصيل الذي أسلفناه في أول كتاب البيع وتعيين المصنف الجهاد تساهل (و) من أحكام هذه الدراهم التي غلب غشها انه (لو اشترى سلعة بمافكسدت) أي قبل قبضها (بطل البيع عند أبي حنيفة) فان كان المبيع قائما مقبوضا رده وان كان مستهلكا أو هالكا رجعت البائع عليه بقيمته ان كان قيما ومثله ان كان مثليا وان لم يكن مقبوضا فلا حكم له هذا البيع أصلا وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد لا يبطل ثم اختلفوا (فقال أبو يوسف عليه قيمته يوم البيع) قال في الذخيرة وعليه الفتوى (لانه مضمون به) أي بالبيع وهو نظير قوله في المغصوب إذا هلك ان عليه قيمته يوم الغصب لانه يوم تحقق السبب (وقال محمد عليه آخر ما تعامل الناس به) وهو يوم الانقطاع (لانه وان الانتقال الى القيمة) وفي المحيط والتممة والحقائق به يفتى رفقيا بالناس (لهما أن البيع قد صح) بالاجماع (الا أنه تعذر التسليم) أي تسليم الثمن لانعدام الثمنية (بالكساد) والضمير ضمير الشار (وانه) أي الكساد (لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب) شيئا (فانقطع) في (أو انه) بأن لا يوجد في الأسواق لا يبطل اتفاقا ويجب القيمة أو ينتظر زمان الرطب في السنة الثانية فكذا هنا (ولا يوجب حنيفة أن الثمن به لك بالكساد) لان مالبة الفلوس والدراهم الغالبة الغش (بالاصطلاح) لا بالخلفة (وما بقي) الاصطلاح بل اتفق فاتفقت الثمنية

عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بهض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضا (لهما أن العقد قد صح) لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي (الا أنه تعذر التسليم بالكساد) وذلك لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع وإذا بقي العقد وجب القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد قيمته يوم الانقطاع أي الكساد لانه انتقل الحق منه الى القيمة في ذلك اليوم ولا يوجب حنيفة أن الثمن به لك بالكساد لان الدراهم التي غلب غشها جعلت غنما بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل وإذا بطل الثمنية

(قوله يستقيم على قول محمد) أقول محمد لا يقول بأن الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم ذلك على قوله فليتنامل

في بيعا بلائع وهو باطل لا يقال العقد تناول عنها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم لا نأقول ان العقد تناولها بصفة الثمنية لانها مادامت راتجة فهي تثبت ديناً في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية في الفلوس والدرهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية لم يملك المبيع قبل القبض أو يتخمر العسر فساد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب أن الرطب مرجو الحصول (٣٨٤) في العام الثاني غالباً لم يكن هالكامن كل وجه فلم يبطل لكنه يتخبر بين الفسخ والصبر الى أن يحصل أما

فبيع في بيعا بلائع فيبطل وإذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائماً وقيمته ان كان هالكامن كما في البيع الفاسد قال (ويجوز البيع بالفلوس) لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تتعين لانها ائتمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجوز البيع بها حتى يعينها لانها سلعة فلا بد من تعيينها (فبيع في بيعا بلائع) بخلاف النقدين فان ماليتهم ما بالخلفه لا بالاصطلاح كمالية العبد لما كانت بالحياة ذهبت بذهب الحياة لا يقال فلتصير مبيعة اذا انتفتت ثمنيتها لاننا نقول تصير مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز لافي السلم واعترض في بعض الحواشي بأن انتفاء ثمنيتها يوجب أنه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه ديناً ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين إلا أن الجيب نظر الى أن صورة المسئلة انه باع بدراهم كذا وكذا غلب غشها وهذا لا يوجب أنه يصير بيع مقايضة اذا كسدت قبل القبض وليس في صورة المسئلة أحضر الدرهم وأشار اليها بعينها بل باع بها على غط ما يباع بالائتمان وهذا لان الفرض أن البيع وقع حال رواجها ائتماناً وانما كسدت بعده قبل القبض فلم ينتبه هذا المعترض لصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه بيعاً بلائع ثم شرط في العيون أن يكون الكساد في سائر البلدة ولو كسدت في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند أي حذيفة لانها لم تملك ليصير البيع بلائع وليكن تعيينه فيكون البائع بالخيار ان شاء أخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمته دنائير قالوا وماذا كرفي العيون على قول محمد وأما على قولهما فلا وينبغي أن ينتفي البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلوس بالفلوس عند ما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعده محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً وما ذكرناه في الكساد مثل في الانقطاع والفلوس المافقة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت أو انقطعت فلزم كساد ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري ويطلب بالنقد بذلك العيار الذي كان وقت البيع والجواب عن الرطب أن الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالباً فكان له مظنة يغلب ظن وجوده عندها بخلاف الكساد فانه ليس له مظنة محقة الوجود في زمن خاص يرجح فيه ابل الظاهر عدم العود لان الاصل في غالبية الغش الكساد وعدم الثمنية والشئ اذا رجع الى أصله قلما ينتقل عنه وفي الخلاصة عن المحيط دلال باع متاع الغير بغير ادن بدراهم معلومة واستوفاهما فكسدت قبل أن يدفعها الى صاحب المتاع لا يفسد البيع لان حق القبض له (قوله ويجوز البيع بالفلوس) لانها نوع من أنواع المال (فان كانت نافقة جاز البيع وان لم تتعين) بل لو عينت لاتمين وللعافد أن يدفع غير ما عين (لانها) حينئذ (ائتمان) كالدرهم حتى لو هلك قبل القبض لا يفسخ العقد ويجوز ولو استبدلها جاز ولو باع فلما يفسد يبيح يجوز على ما سلف في باب الربا ولو باع فلما يفسد يبيح يبيح بغير عينه بغير ما عينه لا يجوز لان الفلوس الرائجة أمثال متساوية وضعها لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجوده فيكون ربا وان كانت كاسدة فهي مبيعة لا يصح العقد عليها لم تتعين

ووصفه وانما قال كذلك إشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف أو الإشارة اليه ثم انما أن تكون نافقة أو كاسدة (واذا حالة العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم تتعين لانها ائتمان بالاصطلاح فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين دفع ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم يفسخ العقد وان كان الثاني فلا بد لجواز البيع بها من التعيين لانها سلعة (قوله لا نأقول الى قوله فكذا هذا) أقول ولا بد من التأمل في الفرق بين تخمير العسر وانقطاع الرطب حيث يفسد البيع في الاول دون الثاني مع ان كليهما مرجو الوصول الى العام الثاني

واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند أبي حنيفة بطل البيع خلافا لما قال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف مخالف لما في الميسر والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين أصحابنا الثلاثة وذكرنا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قبل فيه (٣٨٥) اذا اشترى شيئا بفلوس في الذمة فكسدت

قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل لانه ليس تحت الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البديل كما لو أتى العبد وكالوا سلم في الرطب فانقطع أو أنه وهذا بظاهر قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لفر رجحه الله تعالى لان دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قال الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسدا ههنا يقضى الى التحكيم الا اذا ظهر معنى فقهي يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم أظفر بذلك قال رجحه الله (ولو استقرض فلوسا فكسدت) اذا استقرض فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها عند أبي حنيفة رجحه الله (لانه) أي استقرض المثل (اعارة) كان اعارته قرض (وموجب استقرض المثل

(واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة رجحه الله خلافا لهما) وهو نظير الاختلاف الذي بيناه (ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند أبي حنيفة رجحه الله يجب عليه مثلها) لانه اعارة وموجبه

(واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند أبي حنيفة خلافا لهما) وهو نظير الاختلاف الذي بيناه أي في الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عنده لا عندهما ثم يجب قيمته يوم البيع عند أبي يوسف وعند محمد يوم الانقطاع هكذا ذكر القدوري الخلاف والذي في الاصل وشرح الطحاوي والاسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر رجحه الله استدلالا بما تقدم من انقطاع الرطب المشتري به وابق العبد المبيع قبل التسليم وتخمين العيص المشتري قبل التسليم لا يبطل العقد فيها واجب بما تقدم في الرطب وأما العبد في يمينه لم يبطل بالابق بل هو مال باق حيث هو وانما عرض العجز عن التسليم وكذا بالخمر لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليمه شرعا بخلاف الكساد لهلاك الثمن به الآن الذي يقتضيه النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القدوري اذا لفرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس اذ كل منهما مسلبة بحسب الاصل غن بالاصطلاح فان غالبية الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا فلولا ينص على الخلاف في الفلوس وجب الحكم به وفي شرح الطحاوي لو اشترى مائة قلنس بدرهم وقبض الفلوس أو الدرهم ثم اقر قاضا بالبيع لانهم ما اقر قاضا عن عين بدين وقد قدمناه فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه ينظر ان كان الفلوس هو المقبوض لا يبطل البيع لان كسادها كهلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلوس غير مقبوض بطل البيع استحسانا لان كساد الفلوس كهلاكها وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس أن لا يبطل لانه قادر على اداء ما وقع العقد عليه وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشتري ابطاله فسخا لان كسادها كعب فيها والمعقود عليه اذا حدث به عيب قبل القبض ثبت للشري فيه الخيار والاول أظهر ولو نقد الدرهم وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن يقبض النصف الآخر بطل البيع في نصفها وله أن يسترد نصف الدرهم وعلى هذا واشترى فاكهة أو شيئا بعينه بفلوس ثم كسدت وقبض المبيع فسد البيع وعليه أن يرد المبيع ان كان قائما والقيمة أو مثله وهذا معلوم مما ذكرنا الا أن أبا يوسف قال في هذا ان عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع وفرق بين هذا وبين المسئلة الاولى وهي ما اذا باع الفلوس بدرهم لان هناك لو أوجبنا رد قيمة الفلوس يتمكن فيه الربا وههنا لا يتمكن وفي المسئلتين جميعا اذ لم تسكد الفلوس غير أن قيمتها غلت أو رخصت لا يبطل البيع وعليه أن يدفع العدد الذي عينه منها (قوله ولو استقرض فلوسا فكسدت عند أبي حنيفة رجحه الله بدمثلها) عددا اتفقت الروايات عنه بذلك وأما اذا استقرض دراهم غالبية الغش فقال أبو يوسف في قياس قول أبي حنيفة عليه مثلها ولست أروى ذلك عنه ولكن لرواية في الفلوس اذا أقرضها ثم كسدت وقال أبو يوسف عليه قيمته من الذهب يوم القرض في الفلوس والدرهم وقال محمد عليه قيمتها في آخر وقت نفاقها وجه قوله (انه) أي القرض (اعارة وموجبه) أي موجب

قال المصنف (لانه اعارة) أقول الظاهر أن يقال لانه استعارة (قوله لانه أي استقرض المثل) أقول والاولى عندي ارجاع

(٤٩ - فتح القدير خامس) الضمير الى الاستقرض مطلقا فانه اعارة على ما سبق فيمن باب الربا أو الى استقرض الفلوس (قوله اعارة كان اعارته قرض) أقول قوله اعارة يعنى ابتداء كإسجى وتفصيل هذا البحث في العارية (قوله وموجب استقرض المثل الخ) أقول وعندى ان ما ذكره المصنف قياس من الشكل الاول تقريره لان الاستقرض اعارة لا يمكن الانتفاع به الا باهلاكه عنه وكل اعارة كذلك موجب ايراد العين معنى فهذا كذا الا أنه لم يصرح بهذا القيد في الصغرى اعتمادا على فهم الناظرين أما ما ذكره الشارح فلا يخفى عليك ما فيه من سوء الارتباط

رد عينه معنى) وبالنظر الى كونه عارياً يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضاً والانتفاع به انما يكون بانلاف عينه فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل معنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بمجسسه نسيته وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثل معنى العين وقد فات وصف الثنية وانما كان معنى العين أن لو رد مثله حال كونه نافعاً أجاب المصنف رحمه الله ( بأن الثنية فضل فيه ) أى فى القرض اذ القرض لا يختص به أى بمعنى الثنية ومعناه ان الثنية ليست عن القرض وهو ظاهر ولا لازماً من لوازمه بخلاف أن ينك القرض عن الثنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال ألا ترى أن الاستقراض جائز فى كل مكيل وموزون أو عددى متقارب وبالكساد لم يخرج عن كونه من ذوات الامثال بخلاف البيع لان دخولها فى العقد فيه بصفة الثنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقة ان المثل المجرى عن الثنية أقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها مادام ممكناً (وعندهما يجب قيمته لانه لما بطل وصف الثنية تعذر ردّها (٣٨٦) كما قبض) وليس المثل المجرى عنها فى معناها ( فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثلياً

فانقطع لكن عند أبي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف ( يعنى بين أبي يوسف ومحمد رجحاهما الله ) فبين غصب مثلياً فانقطع ) فعند أبي يوسف يجب القيمة يوم الغصب وعند محمد رجحاه الله يوم الانقطاع وسيجيء (وقول محمد رجحاه الله أنظر) للقرض والمستقرض لان على قول أبي حنيفة رجحاه الله يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول أبي يوسف يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمة يوم القبض أكثر من قيمة يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد أنظر للجانبين (وقول أبي يوسف أيسر) لان قيمته يوم القبض معلومة للمقرض

رد العين معنى والثنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعند محمد ما يجب قيمته لانه لما بطل وصف الثنية تعذر ردّها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثلياً فانقطع لكن عند أبي يوسف رجحاه الله يوم القبض وعند محمد رجحاه الله يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف فبين غصب مثلياً فانقطع (وقول محمد رجحاه الله أنظر للجانبين (وقول أبي يوسف أيسر) قال (ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس) وكذا اذا قال بدائق فلوس أو بقيراط فلوس جاز

عقد الاعارة (رد العين) اذ لو كان اسبقداً للاحقيقة موجباً رد المثل استلزم الرب بالنسيئة فكان موجباً رد العين الآن ما تضمنه هذا العقد لما كان تسليمك المنفعة بالاستهلاك لا مع بقاء العين لزم تضمينه لتلك العين فبالضرر وذا كفى رد العين معنى وذلك برب المثل ولذا يجبر الموصوب منه على قبول المثل اذا أتى به الغاصب فى غصب المثلى بلا انقطاع مع أن موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكساد (والثنية فضل فى القرض) غير لازم فيه ولذا يجوز استقراضها بعد الكساد وكذا يجوز استقراض كل مثلى وعددى متقارب ولا ثنية (ولهما انهما لما بطل وصف الثنية تعذر ردّها كما قبضها فيجب رد قيمتها) وهذا لان القرض وان لم يقتض وصف الثنية لا يقتضى سقوط اعتبارها اذا كان المقبوض قرضاً موصوفاً به لان الاوصاف معتبرة فى الديون لانها تعرف بها بخلاف الاعيان المشار اليها بوصفها لغيرها لانها تعرف بذواتها وانما خير دليلهما بحسب عادة المصنف ظاهر فى اختياره قولهما (ثم أصل الاختلاف) فى وقت الضمان اختلافهما ( فبين غصب مثلياً فانقطع وجبت القيمة عند أبي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم القضاء ) وقولهما انظر للمقرض من قول أبي حنيفة لان فى رد المثل اضراراً به ثم قول أبي يوسف أنظر له أيضاً من قول محمد لان قيمته يوم القرض أكثر من قيمته يوم الانقطاع (فكان قول محمد أنظر) للاستقرض من قول أبي يوسف (وقول أبي يوسف أيسر) لان القيمة يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع فانه عسر فكان قول أبي يوسف أيسر فى ذلك (قوله ومن اشترى شيئاً بنصف درهم) فأكهة أو غيرها بأن قال مثلاً لبيعك سلعة اشترى بها منك بنصف درهم فلوس فقال بعثك (النعقد موجباً لدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة) وكذا اذا قال بدائق من الفلوس (وهو

سدس

والمستقرض وسائر الناس وقيمة يوم الانقطاع تشبه على الناس ويختلفون فيها فكان

قوله أيسر قال (ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز الخ) رجل قال اشترى بهذا بنصف درهم فلوس يعنى ان ذلك النصف من الدراهم فلوس لانقرة وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بدائق فلوس وهو سدس الدرهم جاز أو بقيراط فلوس

قال المصنف (وقول محمد أنظر) أقول قال الكافى وفى بعض النسخ أنظر للجانبين اه والظاهر أن كونه أنظر للجانبين المقرض بالنسيئة الى قول أبي يوسف (قوله وهو ضرر بالمستقرض) أقول يعنى وجوب القيمة يوم القبض ضرر بالمستقرض فيه شئ ويجوز أن يقال هو ضرر على بعض التقادير وهو أن لا ينتفع بها حين كان قيمته مثل قيمته يوم القبض ثم قوله وهو ضرر أى وجوب القيمة يوم القبض ضرر (قوله بنصف درهم فلوس) أقول قوله فلوس صفة نصف درهم أو بدل (قوله أو بقيراط فلوس) أقول وهو نصف السدس

وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم ودانق وقيراط منه موزونة وذكرها لا يغني عن بيان العدد فبقى الثمن مجهول وهو مانع عن الجواز وقتنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد فكان مغنيا عن ذكر العدد واذا زاد على الدرهم جوزه أبو يوسف بناء على كونه معلوما وفصل محمد رحمه الله بين مادون الدرهم وما فوقه فجوز فيما دون الدرهم خاصة لان في العادة المبيعة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان (٣٨٧) معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم

قالوا والصح قول أبي يوسف لاسيما في دينارنا على عدم المنازعة لكونه معلوما ولاشترائك العرف قال رحمه الله (ومن أعطى صير في درهم الخ) هذه ثلاث مسائل \* الاولى أن يعطى درهمها كبير او يقول أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفها أي درهمها صغيرا وزنه نصف درهم كبير الاجبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الاجبة وهو با فلا يجوز وعلى هذا قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لاتحاد الصفة وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه في شيع كما اذا جمع بين حرو عبد وباعه ما صفة واحدة وعبارة الكتاب تدل على انه لانص عن أبي حنيفة رحمه الله \* والثانية ان تكرر لفظ الاعطاء والمسئلة بحالها فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع لانه عقدان وفساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر كالأول

وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانما تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمي فلوس فكذا عند أبي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبيعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف رحمه الله أصبح لاسيما في دينارنا قال (ومن أعطى صير في درهمها وقال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصف الاجبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما) لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الاجبة با فلا يجوز (وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل) لان الصفة متحدة والفساد قوي في شيع وقدم نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء

سدس درهم (أو بقيراط) وهو نصف السدس (وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها) والا فالثمن مجهول ولان العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط ابتداء من الفلوس وهو صفة في صفة فان المعنى انه شرط أن يعطى بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوسا وهو أن يبيعه بالدانق فلوسا ونحن نقول ان ما يباع بالدانق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لانه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فأغنى عن ذكر العقد بخصوصه واذا صار كناية عما يباع بنصف درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفة في صفة لان الثمن حينئذ من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم (ولو قال بدرهم فلوس أو درهمين فكذا عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز الا فيما دون الدرهم لان المبيعة في العادة في الفلوس فيما دون الدرهم فيصير معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف أصبح لاسيما في دينارنا) أي المصدن التي وراء النهر فانهم يشترون الفلوس بالدرهم ولان المدار هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحها للعلم بأنه المراد لا فرق في ذلك بين مادون الدرهم والدرهم فضلا عن الدرهم ولم يذكر في المصنوع خلاف محمد والمذكور من خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه وفي بعض النسخ سيما غير لا وهو استعمال لم يثبت في كلام من يحكي بكلامه في اللغة وفي بعضها على الصواب (قوله ومن أعطى صير في درهمها فقال أعطني بنصفه) أو ربعه أو قيراط منه (فلوسا وبنصفه نصف الاجبة) وعلى وزانه أن يقول وبنصفه أرباع درهم الاجبة وقس الباقي (جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي) من النصف الآخر أو الثلاثة الارباع وباقي الصور (لان بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف درهم بنصف درهم الاجبة با فلا يجوز وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل لان الصفة متحدة والفساد قوي) مقارنة العقد (في شيع وقدم نظيره) يعني في باب البيع الفاسد في مسئلة الجمع بين العبد والحر اذ لم يفصل الثمن بشيع الفساد اتفاقا واذا فصل لا يشيع عندهما وعنده شيع (فلو كرر لفظ الاعطاء) بأن قال

قال يعني بنصف هذه الالف عبدا وبنصفها دنانير فان البيع في العبد صحيح وفي الحر فاسد ولم يشع الفساد لفرقة الصفة وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن البيان والشيخ الامام شيخ الاسلام أن العقد لا يصح ههنا أيضا وان كرر لفظ الاعطاء (قوله واذا زاد على الدرهم) أقول الاظهر ان يقال على مادون الدرهم (قوله وفصل محمد رحمه الله) أقول في غير ظاهر الرواية عنه (قوله كالأول) يعني بنصف هذه الالف عبدا وبنصفها دنانير (أقول الظاهر أن يقال يعني بنصف هذه الالف عبدا وبنصفها دنانير) من الحر يتكرر لفظ يعني

لاتحاد الصفة فان قوله  
أعطني مساومة ويشكرارها  
لا يشكر البيع وهذا لان  
بذكر المساومة لا ينعقد  
البيع فان من قال بعني  
فقال بعثك لا ينعقد البيع  
مالم يقل الا خراش تربت  
واذا كان لا ينعقد بذكر  
المساومة فكيف يشكر  
بشكرارها قيل والا الاول هو  
الصحيح وهو اختيار المصنف  
رحمه الله والثالثة ان يقول  
أعطني نصف درهم فلوس  
وفي بعض النسخ فلوسا بدلا  
عن نصف ونصف الاحبة  
جاز والفرق بينها وبين  
الاولى انه لم يكرر لفظ بنصفه  
بل قابل الدرهم بما يباع من  
الفلوس بنصف درهم  
وبنصف درهم الاحبة  
فيكون نصف درهم الاحبة  
بمثله والباقي بازاء الفلوس  
قال المصنف رحمه الله  
(وفي أكثر نسخ المختصر ذكر  
المسئلة الثانية) أراد قوله  
أعطني نصف درهم فلوس  
ونصفا الاحبة وهي  
الثالثة فيما ذكرنا من ذلك  
ان المسئلة الاولى ليست  
بمذكورة في أكثر نسخ  
المختصر قال أبو نصر الا قطع  
في شرحه للمختصر وهو  
غلط من النسخ والله سبحانه  
وتعالى أعلم

قال المصنف (ولو قال أعطني  
نصف درهم فلوس) أقول  
قال ابن الهمام يجوز في

كان جوابه بجوابه ما هو الصحيح لانهم يبيعان (ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصف الاحبة جاز) لانه  
قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة فيكون نصف درهم الاحبة  
بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية والله تعالى  
أعلم بالصواب

أعطني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصف الاحبة (كان جوابه بجوابه ما) في أن الفساد يخص النصف  
الاخر (لانهم يبيعان) تعدد الصفة وهذا هو المختار خلاف لما حكى عن الشيخ أبي جعفر وشيخ  
الاسلام والمظهر أنه لا يجوز ان كرر لفظ الاعطاء لان تعدد الصفة عند تعدد البيع وهو الايجاب  
واقطع أعطني مساومة وإذا كان قوله بعني بكذا ليس ايجابا حتى لو قال بعث لا ينعقد مالم يقل الاول قبلت  
فأعطني وليس من مادة البيع أولى وحينئذ لم تعدد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الاولى  
وجه المختار ان ذلك صار معلوم المراد انه ايجاب وعلى هذا فلو تعورف في مثله صح أيضا لانهم لم يذكروه  
أو ان الكلام فيما اذا دفع اليه الخاطب قبل الاتفاق فانه يجعل يباع النصفين بالمعاطة فيهما والله أعلم  
(ولو قال) حين دفع اليه الدرهم الكبير (أعطني نصف درهم فلوس ونصف الاحبة جاز) فيهما (لانه قابل  
الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة) يتجوز للجواز بأن (يكون نصف  
درهم الاحبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس) نعم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوس معناه ما يباع من  
الفلوس به كان الحاصل أعطني بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة  
وما يباع بنصف درهم معلوم انه يخص بنصف الدرهم فصار كالاول كأنه قال أعطني بنصفه نصف  
درهم فلوس وبنصفه نصف درهم الاحبة وجوابه أن موجب التحري للتحصيل أن المعنى على ذلك التقدير  
أعطني بهذا الدرهم نصف درهم الاحبة وما يباع بنصف درهم فلوس وهذا يفيد أنه انما اشترى ما يباع  
من الفلوس بنصف درهم وجبة وما يباع من الفلوس بنصف درهم الاحبة بمثله قال المصنف رحمه الله  
(وفي أكثر نسخ المختصر) يعني القدرى (ذكر المسئلة الثانية) ولم يذكر الاولى ولذا قال شارحه وهو  
غلط من النسخ ويجوز في فلوس الجرصة لدرهم والنصب صفة للنصف (فروع) تقدم بعضها في  
ضمن التعديل فربما يغفل عنها تصارفا جنسها جنس متساو بافرازا أحدهما أو حط شيئا وقبل الاخر  
التحق بأصل العقد وبطل العقد وقال أبو يوسف لا يلحق فيه ما ولا يبطل وقال محمد لا يصح الحط فقط  
ويجعل هبة مبتدأة ولو تصارفا بغير الجنس فزاد أو حط جاز لعدم اشتراط المماثلة غير أن الزيادة يجب  
قبضها في مجلس الزيادة لانه عن الصرف وعند من لا يلحق الزيادة بأصل العقد كالشافعي وأحمد رحمه الله  
لا يشترط لانها هبة ابتدائية ولو اقرقا لاعتن قبضها بطل حصتها من البذل الاخر كأنه باع الكل ثم  
فسد في البعض لعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفرق أو بعده وبطل الذي حط ما حط وان كان الحط  
قبضا ذهب فهو شرك في الدينار مثلا لان في تبعيضه ضرر او كل مال ربوي لم يجز بيعه مرابحة ولا  
مواضعة اذا اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة أو من ذهب  
بذهب وتقابضا فوجده المشتري معيبا له أن يرد به بالعيب فان رده بقضاء لا بأس به وان لم يقبض الثمن من  
البائع في مجلس الرد لانه فسح وبغير قضاء يشترط القبض في مجلس الرد فان قبض صح الرد والابطال  
وعاد البيع الاول لانه يبيع في حق الشرع فان تعذر الرد بأن هلك في يده أو حدث عيب آخر جرح بأرض  
العيب ان كان الثمن ذهبا تعذر القسح وان كان فضة لا يرجع لانه يؤدي الى الربا فان قبله البائع  
بعينه له ذلك والخيار للمشتري بعد ولو اشترى دينار بدرهم ولا دينار لهذا ولا درهم الاخر ثم اقترضا  
وتقابضا قبل التفرق جاز وفي المكمل لا يجوز وعن أبي حنيفة رحمه الله اشترى فلوسا بدرهم ولا فلوس  
ولا درهم له ما تم نقدا أحدهما وتفرقا جاز ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز وتقدم معناه في تقسيم

## ﴿ كتاب الكفالة ﴾

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالباً ولا نه اذا كانت بأمر كان فيها معنى المعاوضة انتهت فتناسب ذكرها عقب البيوع التي هي معاوضة (والكفالة في اللغة هي الضم قال الله تعالى (٣٨٩) وكفلها زكريا) أي ضمها الى نفسه وقرئ

بتشديد الفاء ونصب زكريا أي جعله كافلاً لها وضامناً لمصالحها (وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول أصح) لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولادين غة وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة لنفسها كما سجيء ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولولم يصح الدين عليه لما ملك كما قبل الكفالة لان فكيف الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وأجيب بأن رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحيح التصرف وجعلناه في حكم دينين وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين

## ﴿ كتاب الكفالة ﴾

قال الامام السرخسي في مبسوطه في باب كتاب القاضى في الكفالة من كتاب الكفالة لو كتب القاضى الى القاضى بكتاب في كفالة بنفس رجل ولم

## ﴿ كتاب الكفالة ﴾

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول أصح

الطحاوى اشترى سيفا حليته مائة درهم فضة بمائة درهم ثم علم أن حليته مائة درهم قبل التفريق فان شاء زاد في الثمن مائة أخرى وان شاء فسخ والمائة ليست بشرط بل يزيد شيئاً ليمتع بعض المائتان للعلمية ولو علم بعد التفويض والتفريق بطل العقد في الكل ولو كان ذلك في ابريق فضة يبطل العقد في نصف الابريق والله تعالى أعلم

## ﴿ كتاب الكفالة ﴾ (بسم الله الرحمن الرحيم)

أورد الكفالة عقب البيوع لانها غالباً يكون تحققة في الوجود عقب البيع فانه قد لا يطمئن البائع الى المشتري فيحتاج الى من يكفله بالثمن أو لا يطمئن المشتري الى البائع فيحتاج الى من يكفله في المبيع وذلك في السلم فلما كان تحققة في الوجود غالباً بعد ما أوردناها في التعليم بعد ما اولها مناسبة خاصة بالصرف وهي انما تصير بالآخر معاوضة عما ثبت في الذمة من الاعمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لانه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جديلة وهي تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيما مؤنة ما أهمه ما وقرجأ شه ما وذلك نعمة كبيرة عليهم ما ولذا كانت الكفالة من الافعال العالية حتى امتن الله تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا في قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بأن أتاح لها ذلك وسمى نبياً بذى الكفل لما كفل جماعة من الانبياء الملك أراد قتلهم وسب وجودها تضيق الطالب على المطلوب مع قصده الخارج رفعه عنه امانتاً ربا الى الله تعالى أوازلة لا لذى عن نفسه اذا كان المطلوب بمن يهمله ما أهمه وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة والضرر الذي ذكرناه آنفاً ودليل وقوع شرعيتها قوله تعالى ولن جاءه جمل بعير وأتابه زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن والاجماع وشرطها في الكفيل كونه من أهل التبرع فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا لصح من المريض الا من التث وفي الدين أن يكون صحيحاً فلا كفالة في بدل الكتاب لانه ليس ديناً صحيحاً الا بالزوم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة بخلاف القياس ليصل العبد الى العتق وان يكون مقدور التسليم وأما مفهومها لغة فقال المصنف الضم سواء كان متعلقه عبداً أو معنى قال في المغرب تركبه دال على الضم والتضمن ومنه كفل البعير كسأه اذ حول سنامه كالخوبة تركب عليه وكفل الشيطان مركبه وأما في الشرع فما أشار اليه من قوله (ثم قيل هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين قال والاول أصح) فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافاً للشافعي ومالك وأحمد في رواية فثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الاصيل ولم يرجع في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يتخال من لزوم صيرورة الالف الدين الواحد دالين كما ذكره بعض الشارحين قال في المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقاءه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادته حق الطالب لان الدين وان ثبت في ذمة الكفيل

بين في كتابه انه كفل بأمره فانه لا يؤخذ به بذلك بمنزلة ما لو أقر أنه كفل بغير أمره وهذا لانه لو كفل عنه بغير أمره لم يكن عليه أن يخلصه من ذلك لانه التزم باختياره فكذلك اذا كفل بنفسه بغير أمره انتهى

فلاستيفاء لا يكون الا من أحدهما كالتغاصب مع غاصب الغاصب فان كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفى الا من أحدهما واختياره تضمن أحدهما يوجب براءة الآخر فكذلك اختياره بتضمن القبض منه لا بمجرد حقيقة اختياره لانه يتحقق برفعة أحدهما ويجرد ذلك لا يبرأ الآخر ويميل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل لانه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الاصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا يصح والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من شيأ يصح مع ان الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فإذن يعتبر الذي الواحد في ذمتين انما يتنع في عين ثبت في زمن واحد في طرفين حقيقيين ولكن المختار ما ذكرنا أن مجرد المطالبة لا الدين لان اعتباره في الذمتين وان أمكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن الا بموجب ولا موجب لان التوثيق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل وأما الجواب عن تسليم الهبة والدين فانا جعلناه في حكم الدينين تصحيصا تصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وقبله لا ضرورة فلا داعي الى ذلك ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة ان الدين فعل يقتضي أن الدين في ذمة الكفيل أيضا كما هو في ذمة الاصيل اذ فعل الاداء واجب عليه ثم الوجه أن تطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فان الكفالة كما تكون بالدين تكون بالاعيان المضمونة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه فان هلك ضمن مثله ان كان له مثل وبقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا فاسد او المقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بها ويجب تسليمها واذا هلك يجب تسليم قيمتها اذا ثبت بالبينة أو بالقرار والاعيان المضمونة بغيرها وهي الاعيان الواجبة التسليم فائمه وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلهما ولا قيمتهما وهو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين ولو هلك لا يجب على الكفيل قيمتهما وأما الاعيان الواجبة التسليم وهي أمانة كالعارية والمستأجر في يد المستأجر تصح الكفالة بهم او متى هلك لا يجب على الكفيل قيمتهما بخلاف الاعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة بها أصلا وأما ركنها فالإيجاب والقبول بالانفاط الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الاخير القبول ركنا فجعل الكفالة تنهم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي واختلفوا على قول أبي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفا على اجازة الطالب أو تصح نافذا ولطالب حتى الرد وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤاخذ بذهبه الكفيل وأما حكمها فثبتت حق المطالبة للكفيل متى شاء سواء تذر عليه مطالبة الاصيل أو لا وفي رواية عن مالك لا يطالبه الا اذا تعذر ذلك وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور ينتقل الحق الى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الاصيل أصلا كما في الحوالة وما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك الى مالك خلاف ما في مشاهير كتب أصحابه احتجوا بما روى أبو يوسف عن الخلدري رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال علي رضي الله عنه أنا له ما ضامن فقام صلى الله عليه وسلم وصلى عليه ثم أقبل على علي رضي الله عنه فقال جزاء الله خير او فرك رهانك كما فككت رهان أخيك فقيل يا رسول الله أله نجاسة أم للناس كافة فقال للناس كافة فدل أن المضمون عنه برئ من الضمان واللعامة وقوله صلى الله عليه وسلم نفس المؤمن معاقة بدينه حتى يقضى عنه وقوله في خبر أبي قتادة الا ان بردت جلدته وصلاته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه لانه بالضمان صار وفاء وانما امتنع عن الصلاة على مديون لم يخلف وفاء وقوله فك الله رهانك لانه كان بحال لا يصلي عليه فلما ضمن عنه فك عنه ذلك ولا يخفى أنه لم يقع الجواب بعد فان الدليل يتم بصلاته عقيب ضمان على اذ يدل على أن الضمان تم بذلك

قال (الكفالة ضربان الح) الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه رقباني مثله لا يتقاده ليسلمه ولانه لا قدرته على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بأمره فلا نأمره بالكفالة لا يثبت له (٣٩١) عليه ولاية في نفسه ليسلمه كما أن أمره

بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال من المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم) أى الكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلا فله يفيد مشروعية الكفالة بنوعها لا يقال هو مشترك الا لزام لانه عليه الصلاة والسلام حكم فيه بحمة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا لان الغرم بني عن لزوم ما نضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتضرر به (قوله ولانه يقدر على تسليمه) جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه وتقريره انا لانسلم انه لا يقدر على تسليمه (قوله اذ لا قدرته على نفس المكفول به) ممنوع فان قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر أن يعلم الطالب مكانه ويحمله بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا

قال (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال) فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرته على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيحمله بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه

(قوله قال) أى القدورى (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال) ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالاعيان التي ذكرناها (والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) ثم نقل عن الشافعي ان الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول مخالف للقول الاظهر عندهم وهوانها جائزة كقولنا واستدل لقوله المضعف (بأنه التزام ما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرته على نفس المكفول به) فكان كبيع الطير في الهواء وهذا لا يثبت له ولا ولاية له عليه خصوصا اذا كفل بغير أمره وكذا بأمره لان أمره بكفالاته لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة بيدن الشاهدين (و) استدلل للذهب بما أخرجه من قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم) باعتبار عموميه وقوله (بنوعيه) أى نوعي عقد الكفالة واعتراض بأنه مخصص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم والكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال وأجيب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزمه بما يضره والغرم الا لازم ذكره في الجملة والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد ثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار اليه المصنف بقوله (والحاجة اليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة) وحاصله الحاجة يجامع عموم الحاجة اليها احياء للحقوق مع الايجاب والقبول والشرائط وما طرأ من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر أنه يتقاده اذا كان بأمره وان كان بلا أمره يمكنه احضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم وأبطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول بأنه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا ولا يخفى أن ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بقليل تأمل وروى أنه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا في تهمة وكان بين علي وعمر رضي الله عنهما خصومة فكفلات أم كلثوم بنفس علي رضي الله عنه واعتراض بالمنافضة في الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيهما لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا كتسليمها للجواب والجواب منع عدم صحتها مطلقا بل المنصوص في الاصل بحمة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقه والقصاص في النفس وما دون النفس ووجهه أنهم من حقوق العباد من وجهه في بعضها ومن كل وجهه في بعضها وأما حد الزنا والشرب فعدم صحة الكفالة للزوم التنافي فان الحد يثبت في درته وصحة الكفالة للاستيناق والاحتمال لاستيفائه فقام المانع فيهما وأما الجبر على اعطاء الكفيل فيها في الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص كذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما وأما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدي فلا نأمره بالكفالة لا تفيد لان الشاهد عند مطالبة الطالب به بالاداء اما أن يجيب ويحضر أولا ففي الاول لا حاجة الى الكفالة وفي الثاني يلزم فسقه

مبنى على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له (قوله والحاجة ماسة) استظهار بعدم منع الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهي احياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز لا تعنتا وعنادا

(قوله مبنى على عدم جواز الكفالة) أقول فيه أن البناء على ذلك ممنوع فان الخصم أثبته بالقياس على الكفالة بالمال بالامر كما مر آنفا

قال (وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان الخ) لما فرغ من أنواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان أو بجسده أو ببدنه وقسم يعبر عنه عرفاً كقوله تكفلت بوجهه و برأسه و برقبته فان كلاهما مخصوص (٣٩٢) بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمل بطريق العرف وكذا اذا

عبر بجزء شائع كصنف أو ثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تنجزاً فبكان ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت ببدن فلان أو برجله لانه لا يعبر به ما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وكذا تنعقد اذا قال ضمنته لانه صريح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال على لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الى لانه في معنى على في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلاً أو عيالا فالى والكل لليتيم والعيال من يعول أى يتفق عليه ويجوز أن يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال أنا زعيم به لان الزعامة هي الكفالة وقدروا بنافيه أو قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان لانه التزام المعرفة دون المطالبة و ذكر في المتن انه اذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان

قال (وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا ببدنه وبوجهه) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة أو عرفاً على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تنجزاً فبكان ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت ببدن فلان أو برجله لانه لا يعبر به ما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح (وكذا اذا قال ضمنته) لانه تصريح بموجبه (أو قال) هو (على) لانه صيغة الالتزام (أو قال الى) لانه في معنى على في هذا المقام قال عليه الصلاة والسلام ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك كلاً أو عيالا فالى (وكذا اذا قال أنا زعيم به أو قبيل به) لان الزعامة هي الكفالة وقدروا بنافيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لمعرفة فلان لانه التزام المعرفة دون المطالبة

فلا تقبل شهادة لو أحضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه (قوله وتنعقد اذا قال تكفلت الخ) شروع في ذكر الالفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكنية قال صريح تكفلت وضمنت وزعيم وقبيل وجيل وعلى والى ولك عندى هذا الرجل وعلى أن أوفيك به أو على أن ألقاك به أو دعه الى وجيل بالخاء المهملة بمعنى كفيل به يقال حمل به حمله بفتح العين في الماضي وكسرهما في المضارع وروى في الفائق الخليل ضامن وأما القبيل فهو أيضاً بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضهها وكسرهما في المضارع وهذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا أضيفت الى جملة البدن أو ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف ومالا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت أو أنا جيل أو زعيم بنفسه أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو رأسه أو ببدنه أو وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفاً ولغة مجازاً كهو رأس وتحرر برقبته وتقدم في الطلاق ولم يذكر محمد رحمه الله ما اذا كفل بعينه قال البخاري رحمه الله لا يصح كافي الطلاق الا أن ينوي به البدن والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق اذا العين مما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفاً في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال ببدنه أو برجله وينتفى في دمه ما تقدم في الطلاق (وكذا) اذا أضاف الى جزء شائع منه ككفلت (بنصفه أو ثلثه أو بجزء منه) لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تنجزاً فذكر بعضها شائعاً كذكر كلها (وجه ضمننت) بأنه تصريح بموجبه (لان موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور) وعلى صيغة التزام والى في معناه قال صلى الله عليه وسلم من ترك كلاً أى يتيماً (فالى) لان العطف يقتضى المغايرة وقوله (وقدروا بنافيه) اقتصر في بعض النسخ وفي بعضها الحديث يريد قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم في الصحيحين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلاً فاليسا وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن المقدم بن معديكرب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك كلاً فالى ومن ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه ورواه ابن حبان في صححه وفي لفظ لابي داود وأنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك ديناً أو ضعة فالى (بخلاف ما لو قال أنا ضامن لمعرفة فلان) لا تثبت به الكفالة (لانه التزام المعرفة دون المطالبة) وكذا جعفرته وكذا أنا ضامن لك على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله ولو قال أنا ضامن لعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه أن يلزمه لانه مصدر متعد الى اثنين ففسد التزام أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فانه

لا يقتضى

فهو كفالة على قول أبي يوسف وعلى هذا معاملة الناس

(قوله وكذا اذا عر الخ) أقول في صحة عطفه تأمل قال المصنف (لانه لا يعبر به ما عن البدن) أقول لاحقيقة ولا عرفاً لا يرد النقص بمثل قوله تعالى ثبت يد أبي لهب

قال (فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالب به في ذلك الوقت) وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه اول مرة له سلمه مادري لماذا يدعي ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه وبحيجه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقيق امتناعه عن ايفاء الحق قال (وكذا اذا ارتد العياذ بالله ولحق بدار الحرب) وهذا لانه عاجز في المدة فينتظر كالذي أعسر ولو سلمه قبل ذلك يرى لان الاجل حقه فيملك اسقاطه كما في الدين المؤجل قال (واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يختصمه فيه مثل أن يكون في مصر

استناعه عن إيفاء الحق وان كان الثاني فالطالب اما أن يوافقهم على ذلك أولا فان كان الاول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال وان كان الثاني فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خربة معروفة يخرج معها الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنسكرك لزوم المطالبة اياه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويجسه الحاكم الى أن يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان أقام الطالب بينة انه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للشاب بالبينة بالتأيت معاينة قال (واذا أحضره وسلمه في مكان الخ) اذا أحضر الكفيل

قال المصنف ( فان شرط في الكفالة الى قوله في ذلك الوقت ) أقول لا قبله كما في الدين المؤجل فقوله في ذلك يجوز أن يكون من باب التنازع ( قوله وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ) أقول وعمل القضاة اليوم على هذا

برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو الحاكمة عند القاضى فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الامر واحد وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على أن يسلمه في مجلس القاضى فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على الحاكمة وقال شمس الأئمة السرخسى المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت أما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم (٣٩٤) في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة أهل الفسق والفساد لا على

برئ الكفيل من الكفالة) لانه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الامر قال (واذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضى فسلمه في السوق برئ) لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيداً (وان سلمه في ربه لم يبرأ) لانه لا يقدر على الخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة للقدرة على الخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد تكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على الخاصمة فيه (برئ الكفيل من الكفالة) سواء قبله الطالب أو لا كالدون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب (وهذا لانه ما التزم التسليم) بالكفالة (الامر) وقد حصلت ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر هو المصر الذي كفل فيه وعن أبي حنيفة ليس ذلك بشرط وهي المسئلة الاخيرة من مسائل التسليم ووضعهما هنا أنسب وجه قوله أنه يثبت بذلك قدرة الخاصمة في الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على محاصمته وهذا لا يكون ظاهر الا في مصره لان شهوده ظاهر فيه لا في غيره من الامصار ولا يقيد التكفيل فائدة المقصودة به وقوله ما أوجه وفي الفتاوى القاضى اذا أخذ كفيل من المدعى عليه بنفسه فان الكفيل اذا سلمه الى القاضى أو الى رسوله برئ وان سلم الى المدعى لا وهذا اذا لم يصف الكفالة الى المدعى فان أضاف بأن قال كفل للمدعى فالحجوب على العكس أما ان عين مجلس القاضى أو المسجد الجامع فالذهب أنه اذا سلمه في السوق برئ لان المقصود من الكفالة يحصل بذلك وهو قدرة الخاصمة وحين اختلف الزمان رأى المشايخ انه لا يبرأ بذلك لان البراءة كانت باعتبار انه يقدر على ايصاله الى حضرة القاضى بمعاونة الناس وعبار الطريق الا أن لا يقدر أو لا يفعلون ان قدروا فكان التقييد مفيداً وقد روى عن أبي يوسف نصاً وقال لان الناس لا يعمنون للاحضار قيل ويجب أن يفتى بهذا ولو شرط تسليمه عند الأمير فسلمه عند القاضى أو عزل ذلك القاضى وولى غيره فدفعه عند الثاني جازد كره في الخلاصة (ولو سلمه في ربه أو سواد لا يبرأ) اتفاقاً (ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على الحاكمة فيه) وفي المنتقى رجل كفل بنفسه محبوس ينبغي للقاضى أن يخرج حتى يدفعه الكفيل الى المكفول له ثم يعيده الى السجن ومفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه وفي العمون لو ضمن بنفسه رجل وحبس المطلوب في السجن فأتى به الذي ضمنه الى مجلس القاضى فدفعه اليه قال محمد لا يبرأ لانه في السجن ولو ضمنه وهو في السجن يبرأ ولو خلى عن الحبس ثم حبس ثانية فدفعه اليه وهو في الحبس ان كان الحبس الثاني من أمور التجارة ونحوها صح الدفع وان كان في أمر من أمور السلطان لا يبرأ ولو حبس الطالب المطلوب ثم أخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه الى فدفعه وهو في الحبس قال محمد برئ بتسليمه اليه وهو في حبسه ومفهوم هذا القدر في قول المصنف وقد حبسه غير الطالب ولو قال المطلوب في السجن دفعت نفسى اليك عن كفالتك كان جائزاً أيضاً وبرئ الكفيل وفي الوقعات رجل كفل بنفسه رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز

الاحضار والتقييد بمجلس القاضى مفيد وان سلمه في ربه لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على الحاكمة وكذا اذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رجه الله للقدرة على الخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه قاله تسليم لا يقيد المقصود والحجوب ان شهوده كما يتوهم أن يكون فيما عينه يتوهم أن يكون فيما سلمه فيه فتعارض الموهومان وبقي التسليم متحققاً من الكفيل على الوجه الذى التزمه فيه أو هذا لان المعتبر عنك من أن يحضره مجلس القاضى اما لثبت الحق عليه أو يأخذ منه كفيلاً وقد حصل وقيل هذا اختلاف عصر وأوان فان أبا حنيفة رجه الله كان في القرن الثاني وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاء لا يرغبون الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه

في ذلك المصر أو في مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد رجهما الله فظهر الفساد والميل من عن القضاء الى أخذ الرشوة فقد التسليم بالمصر الذى كفل له نفسه دفعا للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحبس هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على الحاكمة فيه وذلك في الوقعات رجل كفل بنفسه رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتي به لانه حال ما كفل قادر على الاتيان به

(قوله فتعارض الموهومان) أقول فيه بحث لان الظاهر هو كونهم في مكان التكفيل بحكم الاستصحاب فلا تعارض

قال ( واذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس ) بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما أو وث  
أحدهما مسقط لهما أما اذا مات المكفول به فلا أن الكفيل يحزر عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل  
وأما اذا مات الكفيل فلا أنه يحزر عن تسليم المكفول بنفسه لاحتماله فان قيل فليؤد الدين من ماله أجاب بأن ماله لا يصلح لبقاء هذا  
الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول له لاصالة وهو ظاهر لانه لم يلزم المال ولا نيابة لانه لا ينسب عن النفس بخلاف  
الكفيل بالمال فان الكفالة لا تبطل بعونه لان ماله يصلح نائباً اذا المقصود ايفاء حق ( ٣٩٥ ) المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك

فيؤخذ من تركه ثم ترجع  
ورثته بذلك على المكفول  
عنه اذا كانت الكفالة  
بأمره كافي حالة الحياة واذا  
مات المكفول له فلو وصى أن  
يطالب الكفيل ان كان له  
وصى وان لم يكن فلوارثه  
أن يفعل ذلك لقيام كل  
منه بمقام الميت قال  
( ومن كفل بنفس آخر )  
ومن كفل بنفس آخر  
بالاضافة ولم يقل فاذا دفعت  
اليك فأنا برىء فدفعه اليه  
برئ لانه يعني البراءة وذكره  
لتذكر الخبر وهو الموجب  
ومعناه الكفالة بالنفس  
موجبها البراءة عند التسليم  
وقد وجد والتنصيص على  
الموجب عند حصول الموجب  
ليس بشرط كثوث الملك  
بالشراء فانه يثبت بالشرط  
لانه موجب التصرف وكل  
الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح  
الصحيح لكونه موجباً وكذا  
في سائر الموجبات وقال في  
النهاية لانه موجب التصرف  
أي لان دفع المكفول به الى  
المكفول له موجب تصرف

قال ( واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة ) لانه يحزر عن احضاره ولانه سقط الحضور  
عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادر على تسليم المكفول  
بنفسه وماله لا يصلح لبقاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولومات المكفول له فلو وصى أن يطالب  
الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه بمقام الميت قال ( ومن كفل بنفس آخر ولم يقل فاذا دفعت اليك  
فأنا برىء فدفعه اليه فهو برىء ) لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط  
قبول الطالب التسليم كافي قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالة صح لانه

عن احضاره ( قوله ) واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه يحزر عن احضاره ولانه  
سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل ( يعني برئاً ) لانه لم  
يبق قادر على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لبقاء هذا الواجب ( الذي هو احضار النفس  
( بخلاف الكفيل بالمال ) اذا مات فانه يطالب بأداء ما كفل به لان ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالب به  
الوصى فان لم يكن فالوارث لقيامه بمقام الميت وترجع ورثة الكفيل على الاصيل أعني المكفول عنه ان  
كانت الكفالة بأمره كافي الحياة ولو كان الدين مؤجلاً ومات الكفيل قبل الاجل يؤخذ من تركه  
حالا ولا ترجع ورثته على المكفول عنه الا بعد حلول الاجل لان الاجل باق في حق المكفول عنه لبقاء  
حاجته اليه وعن زفر لا يحل عوت الكفيل لانه مؤجل على الكفيل أيضاً أما لومات المكفول له فلا  
تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط بالمال لان الكفيل موجود على قدرته والوصى أو الوارث يقوم مقام  
الميت في المطالبة بذلك ( قوله ) ومن كفل بنفس آخر ولم يقل فاذا دفعت اليك فأنا برىء فدفعه  
اليه فهو برىء لانه أي دفع المطلوب هو ( موجب التصرف ) يعني الكفالة فلا يحتاج في ثبوتها الى  
التنصيص عليه كملك موجب البيع فيثبت عنده من غير أن يشترط والتحقيق أن موجب الكفالة  
وجوب الدفع عند المطالبة وجواز عده عند عدها والبراءة موجب الدفع فكانت حكم متعلق موجب  
الكفالة فاذا وجد وجدت وقد وجد اذ قد فرض الدفع فتثبت من غير حاجة الى اشتراطها وقوله ( كافي  
قضاء الدين ) يعني اذا سلم المدينون الدين للدائن ولا مانع من القبض برئ وان لم يقبضه كالغاصب اذا رد  
المغصوب على المالك يبرأ مع أنه جان فهنا أولى والبائع اذا سلم المبيع الى المشتري قال الفقيه أبو الليث  
انما ذكر هذا لدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة الى أن يستوفي حقه لان الكفالة  
ما أريدت الائتوني لاستيفاء الحق فإلم يستوفيه يجب عليه تسليمه الى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم  
ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا بقيد التكرار ( قوله ) ولو سلم المكفول به نفسه من كفالة  
أي من كفالة الكفيل وذلك بأن يقول سلمت نفسي أو دفعت نفسي اليك من كفالة فلان ( صح ) عن  
كفالة فيه برأ الكفيل بذلك قال شمس الأئمة لانه لم يعلم فيه خلافا قال المصنف ( لانه ) أي المكفول

الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها صريحاً وليس بشئ لان الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لدفع  
المكفول به الى المكفول له قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير انما أورد هذا النبي الاشتباه لان تسليم النفس محتاج اليه وقتا بعد  
وقت حتى يصل اليه حقه فلمعل الطالب يقول ما لم أستوف حتى من المطلوب لا يبرأ الكفيل ولكن يقال لقد أوجب على نفسه التسليم ولم  
يذكر التكرار اذا وجد التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كافي قضاء الدين لان الكفيل يبرئ نفسه بايفاء عين ما التزم فلا يتوقف  
على قبول صاحبه فلو توقف لربما امتنع عن ذلك ابقاء لحق نفسه فيضطر به الكفيل والضطر يدفع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه  
عن كفالة أي كفالة الكفيل وقال دفعت اليك نفسي من كفالة فلان يبرئ الكفيل وصار كالتسليم الكفيل لان المكفول به

مطالب بالخصوص وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طوّل به فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل فلم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا فإذا كرفي التمهانه من قوله لانه مطالب بالخصوص أي لان المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون تسليم نفسه الى الطالب متبرعا فيه نظرا لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرأ به لان ثمة جهة أخرى كما بينا ولا يبرأ بالتزام أن يبرأ الكفيل وان لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه قال (وان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافق به الى وقت كذا الخ) رجل قال ان لم أوافق بفلان الى شهر فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال واقامه أي آتاه من الوفاء وقيد بقوله لماعليه وهو مفيد لانه ان لم يقبله لم يلزم الكفيل شي عند عدم الموافقة على قول محمد خلافا لهما بقوله وهو ألف وهو غير مفيد لانه اذا قال فعلى مالك عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لا بتناهي اعلی التوسع ولهذا لو قال كفلت لك بما أدركك في هذه الحارة التي اشتريتها من ذلك صحت وكذلك الكفالة بالشجة (٣٩٦) صحيحة مع انها لم تعلم هل تبلغ النفس أو لا ثم الحكم في هذه المسئلة شيان أحدهما

صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند ادعاء ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الاول قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافقة وهو ظاهر لتصرّحه بذلك في كلامه الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافقة صحيح لانه شرط متعارف وسند كران تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال وعلى الثاني قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة

مطالب بالخصوص فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه قال (فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافق به الى وقت كذا فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافقة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما مالتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق بسبب وجوب المال بالخطر فأشبهه البيهقي

(مطالب بالخصوص) وفي بعض النسخ مطالب بالحضور يعني اذا طالب الكفيل فكان بتسليمه نفسه على هذا الوجه مسقطا ذلك عن نفسه اذا طوّل به بحمل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعا كالحمل اذا قضى الدين بنفسه يصح قبل الطالب أو لم يقبله (وكذا اذا سلمه رسول الكفيل أو وكيله لقيامهما مقامه) يعني اذا قال سلمت اليك نفسه عن الكفيل بخلاف ما اذا لم يقبل ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك أو سلمه الوكيل ولم يقبل ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل ولو سلمه أجنبي لأبامر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل بذلك الا ان يقبله الطالب فيبرأ الكفيل حينئذ بخلاف ما لو سكت الطالب فلم يقبل شيئا لا يبرأ (قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافق به الى وقت كذا فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك الوقت فهو ضامن) لا لالف (لان الكفالة بالمال) في هذا معلقة بشرط عدم الموافقة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة (لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل منهما مالتوثق) وله بطالبه بحق آخر فهذان مطلبان أما الاول فمخالفة فيه الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة (لانه) أي لان تعليق الكفالة (تعليق بسبب وجوب المال بالخطر فأشبهه البيهقي) فكل ما يجوز تعليق البيع كان يقول اذا دخلت الدار فقد بعثت كذا بعتك كذا بعتك فقبيل

الاخر

بنفسه وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا تبطل الا بما ينافيها

من التسليم أو ابراء أو موت وليت الكفالة بالمال منافية له ما لا اجتماعهما وان كلا منهما مالتوثق فلا تبطلها وكيف تبطلها وقد يكون له عليه مطالبات أخرى وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع وعورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس ووجوب البديل ينافي وجوب البديل منه كما في خصال الكفارة وأجيب بأن بدليتها ممنوعة فان كلا واحد منهما مالمشروع للتوثق كما مر ككفالة بالنفس بعد مثلهما وان اجتماعهما صحيح والوفاء بهما اذا لزم واجب بخلاف خصال الكفارة على الصحيح وقال الشافعي هذه الكفالة أي المعلقة بالشرط لا تصح لانه أي تعليق الكفالة تعليق بسبب وجوب المال بالخطر فأشبهه البيهقي في لزوم المال بالعرض بالرجوع على الاصيل اذا كان بأمره وتعليق بسبب وجوب المال بالخطر في البيع لا يجوز فكذا ههنا والجواب اننا لانسلم ان فيه تعليق بسبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه ولكن أشبه البيهقي مطلقا أو من وجهه والاول ممنوع والثاني يفيد المطلوب

(قوله فيه نظرا لانه لا يلزم من انتفاء التبرع الخ) أقول فيه تأمل ثم ان الضمير في قوله فيه نظرا راجع الى ما في قوله فإذا كرفي التمهانه

ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث أنه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بطلاق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف علام بالشبهين والتعليق بعدم الموافقة متعارف قال (ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه

لانه يشبه البيع من وجه كما هو ويشبهه النذر من حيث الالتزام فشبه البيع يقتضي أن لا يجوز التعليق بالشروط كلها وشبه النذر يقتضي جواز ذلك وأعمال الشبهين أولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف علام بهما والتعليق بعدم الموافقة متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعد الموافقة بالنفس ورغبتم في ذلك أكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس قال (ومن كفل بنفس رجل الخ) ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه

قال المصنف (ولنا أنه يشبه البيع ويشبهه النذر الخ) أقول تعليق النذر بالشرط صحيح قال في البدائع اذا قال ان كنت فلانا فعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكم فلانا وجب عليه أن يتصدق بها انتهى

الاخر لا يثبت البيع عند الدخول كذلك هذا (ولنا أنه) أي عقد الكفالة (يشبه البيع) في الانتهاء من حيث ان الكفيل بالامر يرجع على المكفول عنه بما أدى فصار كالمعاوضة (ويشبه النذر) ابتداء (من حيث أنه) تبرع في الابتداء (التزام) المال فبالنظر الى الشبه الاول فقط لا يصح تعليقه وبالنظر الى الثاني فقط يجوز مطلقا فان النذر يصح تعليقه مطلقا فلما بالشبهين (فقلنا ان كان) التعليق (بشرط متعارف) بين الناس أي تعارفوا وتعلقها به (صح) علام يشبه النذر وان كان بغير متعارف (ك) دخول الدار و (هبوب الريح) ونحوه لا يجوز علام يشبه البيع والتعليق بعدم الموافقة متعارف) ثم ذكر خصوص الكمية في صورة المسئلة وهي الالف اتفاقي في التصوير فان الكفالة لا تتوقف صحته على معلومية القدر المكفول به بل لا تضر جهالة المكفول به لو قال كفلت للبحال عليه صح ومه ماثبت بالبيئة أنه عليه لزمه وأما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة فانما لا تصح الكفالة الثانية للتعليق وأما ثبوت صحته ما فلا مقتضى وهو الكفالة بالنفس أو لاثم الكفالة بالمال ثانيا معلقة وقد وجد الشرط فصح كفتان متعددا لما لو جب لان موجب تلك تسليم النفس وموجب الاخرى تسليم المال وليس اسقاط أحدهما مسقطا لاخر بل جواز ان يكون له مال آخر يدعي به غير المال الذي كفل به معلقا وليس في اللفظ ما يوجب أن التزام الكفالتين على البديل الاول كانت العبارة كفلت بنفسه على أي ان لم يواف به الى كذا كنت كفلا عليه بدل نفسه ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجز بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة أخرى بالمال بعدم الموافقة به وقد وجد الشرط فثبتت الكفالتان ولا يخفى حينئذ انه لو كانت المعلقة بماله عليه بأن كذل بنفسه على أنه ان لم يواف به الى كذا فهو كفيل بكل مال عليه ينبغي أنه اذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بأنه لم يبق له قبله حق أن تبطل الكفالة بالنفس حينئذ ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه اليه وخاف لزوم المال عليه رفع أمره الى القاضي لينصب وكيله فيسلمه اليه وعلى هذا ما عاين على أن المشتري بالخيار ثلاثه أيام فتوارى حتى كادت تمضي يرفع المشتري الى القاضي لينصب وكيله عن الغائب ويرد عليه قال الفقيه أبو الليث هذا خلاف قول أصحابنا وانما روى في بعض الروايات عن أبي يوسف ولو فعله القاضي فهو حسن ذكره في الخلاصة وفيها كفيل بنفس رجل على أنه ان لم يواف به غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وهنا ثلاث مسائل احداها أن يكون الطالب والمطلوب واحدا في الكفالتين وانه جائز استحسانا والثانية أن يكون الطالب مختلفا فيهما فبطلت الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا أو اثنين وان كان الطالب واحدا والمطلوب اثنين فهو مختلف فيه ولو كفل بنفسه الى غدا فان لم يواف به غدا في المجلس مثلا فعليه المال الذي عليه واشترط الكفيل على الطالب ان لم يواف غدا لتقبضه مني فأنا بريء منه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قدوافيت وقال الطالب قدوافيت ولم يواف أنت لم يصدق واحد منهما فلو أقام المطلوب بينة على الموافقة بريئ من الكفالتين وكما كفل على أنه ان لم يواف به فعليه المال فادعى الكفيل أنه وافي به لا يصدق ولو كفل بنفسه وقال فان غاب فلم أوافك به فأنا صامن بما عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة (قوله) ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه

المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه مسألة الجامع الصغير فهي وان وافقت مسألة القدوري المذكورة في ان في كل منهما وجب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنهما اعدمها ههنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره وفيه شبهة قوية وهي أن الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب أن يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالنكاح كيدلها ليست مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذا سقطت الاولى بالبراء فيجب أن تسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به والا لزم أن يكون ما فرضناه تأكيذا للغير مقصودا بالذات وذلك خلف باطل وأجاب الامام طهير الدين رحمه الله في فوائدنا بأن البراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالبراء تنفسخ الكفالة من كل وجه (٣٩٨) وبالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل

عن التسليم المستحق بعقد الكفالة لان المستحق به تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم ضرورة التأكيذ مقصودا لان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه فهو تأكيد كما كان فان قيل اذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع قلنا لا تراعى منه غير مدفوع وقد التزم حيث يتيقن باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل ترك الاستثناء ظنا منه ان بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب عليها قلنا دعوى منه على خلاف اطلاق لفظه في ان لم يوافق فلا يفيد في اضرار غيره قال (ومن ادعى

المال فان مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقيق الشرط وهو عدم الموافاة قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أول بينهما حتى تكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه المائة فلم يوافق به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه) لانه علق ما لا مطلقا بخاطر الا يرى أنه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها

المال فان مات المكفول عنه) يعني بعد الغد (ضمن المال) للمكفول له ويرجع على ورثة المكفول به ان كانت الكفالة باذنه فان قيل ينبغي أن لا يجب المال اذا مات المكفول به لأن شرط صحة هذه الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهي قد زالت بموت المكفول به على ما عرف وصار كالأمر بالمكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت أوجب بالفرق بأن البراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه بخلاف الانفساخ بالموت انما هو ضرورة العجز عن التسليم المقيدة بقصر اذ لا ضرورة الى تعديها الى الكفالة بالمال وأما جواب المحبوبي والمبسوط بأن تصحها بطريق التقديم والتأخير بان يجعل كأنه كفل بالمال للعالم ثم علق ابراءه بعدم الموافاة فخرج عن الظاهر احتياطا لا يجب المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافاة ولم يذكري أن نرى نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذه المذكرة من الاسلام والصدرا الشهيد قاضيان فيثبت الفرق بين مسألة الجامع والقدوري بأن هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلذا ذكرها المصنف والوجه أن هذه تفيد فائدة أخرى وهي أن عدم الموافاة اذا كان لعجز الموت لا أثر له ويثبت عنده الضمان وانما كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن نقص من الكفيل بخلاف موت المكفول عنه لانه غلب عن ذلك بأمر سماوي لا حيلة له في دفعه ولا تقصير منه فيه والا فكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لا يفيد عدم معرفة حكم هذه اذ قد عرف أن المدار وجود الشرط ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه هذا اذا مات المكفول به فلو مات الكفيل قبل مجيء الوقت هل يجب المال دينيا في تركه اذ اضمضى الوقت قال طهير الدين في الاصل اشارة الى أنه يجب فانه قال ان وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان أبي القبول يجبر عليه لانهم حقاق في ذلك وهو أن لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة (قوله ومن ادعى على آخر الخ) صورتها في الجامع محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل لزم رجلا وادعى عليه مائة دينار فبينها أول بينهما أو لزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعوه وأنا كفيل بنفسه الى غدا فان لم أوافق به غدا فعلى

على آخر مائة دينار الخ) ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها بأنها جيدة أو رديئة هندية أو مصرية أو لم بينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يوافق به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخره قال محمد ان لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك لو جهين أحدهما ان الكفيل علق في كفالة ما لا مطلقا عن النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بأمر متردد فيكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعي عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها الاحتمال انه لم يلزم المال الذي هو على المدعي عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة لترك المدعي عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام أبي منصور المازني وهو كما ترى يقتضي أن لا تصح الكفالة وان بين المال وبه صرح المصنف

والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وحيث لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما يبنى عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام أبي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى (٣٩٩) ولهما ان المال ذكره معر فالانه قال

ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكره معر فالتصريح الى ما عليه والعادة جرت بالاجال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيستتب عليها الثانية قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه لا يجبر عليه عندة وقال لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد فيلحق بهما الاستيثاق كما في التعزير

مائة دينار فرضي بذلك فلم يوافق به عند اقال عليه المائة الذي يترتب في الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه له وهذا قول أبي يوسف وقال محمد ان ادعى ولم يبينه احتج بكفاله بالمائة دينار وأدعاها به ذلك لم يلتفت الى دعواه وأراد بالوجهين ما اذا بينها أي ذكر أنها جيدة أو ردية أو وسط أو نحو ذلك أو لم يذكر كذا قيل والأفود أن يراد بالوجهين ما اذا ادعى المائة عينها أو لا وما اذا لم يدع شيئا حتى كفله ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل لمحمد وجهان أحدهما أنه علق التزام مال مطلق بخبر هو عدم الموافقة اذ لم ينسب المائة الى ما عليه وهو رشوة على أن يترك المطلوب في الحال فلا يصح التزام هذا المال أو كلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه عول أبو منصور الماتريدي وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس الثاني أن الكفالة بالنفس باطلة لان صحتها موقوفة على صحة الدعوى (ولم تصح) مع جهالة المدعي به (من غير بيان فلم يجب احضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لانه بناء عليه) واذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه عول الكرخي وهو مبطل للكفالتين قال المصنف (ولهما أن المال ذكره معر فالتصريح الى ما عليه والعادة جرت بالاجال في الدعاوى) قبل الحضور الى مجلس القاضي استرزع من حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه (فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيستتب عليها) صحة (الثانية) ونحن قد أسمعناك عبارة الجامع الصغير والمال مشكرك فيه حيث قال فعلى مائة دينار وكذا ذكر غير واحد وكذا في المبسوط فالوجه أن يترك المقدمة الاولى ويقال انه اذا ظهرت الدعوى بألف ظهر انه أراد الألف التي سيدعيها كانه بان الكفيل كان يدري خصوص دعواه تصح كالكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا أن لا يحكم حال صدورهما بالفساد بل الامر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهر أنه اغنا كفلا بالألف المدعي به وفي الخلاصة قال اذا كدل بنفس رجل على انه ان لم يوافق به عند افعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه فغضى غد ولم يوافق به ولا يقول لاشي على والطالب يدعي ألفا والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لاشي عليه وهذا يقتضي أن الحاصل ان أبا حنيفة وحده وبسته قاضيهم أن الألف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وان كان الكفيل ينكر وجوبه على الاصيل وسنذكر ما يظن فيها (قوله ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رضي الله عنه) قال المصنف (معناه لا يجبر) على اعطاء الكفيل (عنده) وقال لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد (ولهذا يشترط الدعوى) وفي القصاص لانه خالص حق العبد) ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك وفيه حق الله لانه لا خلاص الارض عن الفساد

فعلى المائة فينصرف الى ما عليه وتكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لتكونا مبنية على الاولى وهذه التكنة في مقابلة التكنة الاولى لمحمد وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقرر بان المال اذا لم يكن معلوما لأبأس بذلك لأن العادة جرت بالاجال في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فكان انه أراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها وبينها في الاخرة وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس الخ) من توجهه عليه الحد أو القصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بأن يحضره في مجلس القضاء لاثبات ما يدعي المدعي عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز

اجبار الكفالة بخلاف المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجاز وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقهم وفي القصاص لانه خالص حق العبد أي لان

(قوله وفي القصاص لانه خالص حق العبد) أقول معطوف على قوله لا يجبر في حد القذف

المغلب فيه حق العبد على الخلوص لما عرف أن القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس تفسير الجبر ههنا الحبس بل الامر بالالزمة بأن يدور الطالب مع المطلوب أينما دار كي لا يتعيب فإذا انتهى الى باب داره وأراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فإن أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وإن لم يأذن له بالدخول يجلسه على باب داره وينعه من الدخول بخلاف الحدود الخاصة لله كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا تجوز الكفالة بها وإن طابت نفس الكفيل به سواء أعطاها قبل إقامة البينة أو بعدها أما قبل إقامتها فلا أن أحدالم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا تسمع دعوى أحد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على الاصل وبعد إقامة البينة قبل التعديل (٤٠٠) يجوز وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى أخذ الكفيل (ولاي حنيفة رجه الله

بمخلاف الحدود الخاصة لله تعالى ولاي حنيفة رجه الله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حدم من غير فصل ولان مبني الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندري بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كافي التعزير (ولو سمعت نفسه به يصح بالاجماع) لانه أمكن ترتيب موجه عليه لان تسليم النفس فيه ما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم

ومعنى الجبر ليس أنه يجلس حتى يعطى بل يلزمه ولا بدعه يدخل بيته الا وهو معه أو يجلس معه خارج البيت أو يعطى كفيلا (بمخلاف الحدود الخاصة حق الله) كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وإن طابت نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها لان قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى أحد في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس لحق واجب على الاصل وبعد إقامة البينة قبل التعديل أو شهادة واحد عدل يجلس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد فان حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقذف - حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين أشغاله فتصح الكفالة باحضاره وأورد عليه ينبغي أن لا يجلس بذلك لان معنى الاستيثاق فيه أكثر أوجب بأن الحبس في هذا ليس للاحتياط لاثبات الحد بل لثمة الأعادة والفساد تعزيراً وإذا لم يكفل به ماذا يصنع قال يلزمه الى وقت قيام القاضي عن المجلس فان أحضر البينة فيها والاخلى سبيله وروى عن أبي يوسف في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة قال أحبسه وأؤذبه ثم أخرجه ومن يتهم بالقذف والسرقة وضرب الناس فاني أحبسه وأخلده في السجن الى أن يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه (ولاي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد) رواه البيهقي وقال تفرد به عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو من مشايخ بقية المجهولين ورواه ابن عدي في الكامل عن عمر الكلاعي وأعله به قال مجهول لأعلم روى عنه غير بقية كما روى عن سائر المجهولين (ولان مبني الكل) يعني الحدود الخاصة حق الله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص (على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندري بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كافي التعزير) حيث يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه بنفسه هذا (ولو سمعت نفسه) أي نفس المطلوب (باعطاء الكفيل بلا جبر) يعني في حد القذف والقصاص (جاز لانه أمكن ترتيب موجه عليه) وهو تسليم النفس (لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم) ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة اذا سمع بها في الحدود الخاصة حق الله لان تسليم النفس واجب فيها لكن نص في القوائد الجبازية والشاهسية على أن ذلك في الحدود التي فيها العباد حق كحد القذف لا غير كما ذكرناه من قريب ولانه معارض بوجوب الدرء

قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حدم من غير فصل) يعني بين ما هو حق العبد منه وبين ما هو خالص حق الله قبل هذا من كلام شريح لامن كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاص في أدب القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي روى هذا الحديث مرفوعاً الى رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولان مبني الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل) فان قيل حبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس أتم من أخذ الكفيل لاجب بأن الحبس للثمة على ما ذكره لا للاستيثاق (بمخلاف سائر الحقوق لانها لا تندري بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كافي التعزير) فانه محض حق العبد

يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويخاف فيه فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه كافي (ولا الاموال) (ولو سمعت نفسه) أي لو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص (وحدا القذف صح بالاجماع لانه أمكن ترتيب موجه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل وتحقق معنى الكفالة وهو الضم) وألحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين

قال المصنف (قوله قيل هذا الى قوله مرفوعاً) أقول القائل هو الاتقاني وقال في شرحه ولنا في دفعه نظر (قوله بمخلاف سائر الحقوق لانها لا تندري بالشبهات) أقول تأمل في هذا التعليل كيف يثبت المعل

قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان الخ) لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه وفي بعض النسخ فيهما أي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه أي يعرف الحاكم كونه عدلاً لأن الحبس ههنا للثمة أي لثمة الفساد لا لاثبات المدعى لانه يحتاج الى حجة كاملة والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة اما العدد أو العدالة لان الحبس للثمة من باب دفع الفساد وهو من باب البيانات والبيانات تثبت بأحد شطريهما وقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً بالثمة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت الابحجة كاملة وحاصل الفرق ان ما كان الحبس فيه أقصى عقوبة كما في الاموال اذا ثبتت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الابقاء لا يحبس فيه الابحجة كاملة وما كان أقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحودود والقصاص فان الأقصى فيها القتل أو القطع أو الجلد جازا الحبس قبل ثبوته للثمة ولقائل أن يقول الحبس للثمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافي الدرء بالشبهات والدرء ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك فيتغنى الحبس للثمة ويمكن أن يجاب عنه بأن يحمل قولهم للثمة على ان المراد به اتهام الحاكم أيضاً بالثمة او فيه وبيانه ان (٤٠١) الدرء ما موربه والترك والتم اوتون حرام

لافضائه الى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فاذا وجد أحد شطري الشهادة ولم يحبس الحاكم اثم بأنه متهاون في ذلك وهو قاذح في عدلته والابقاء من أمثاله ما موربه فيحبس بأحد شطري الشهادة اذا اثم المدعى عليه بالفساد دفعاً للثمة عن الحاكم والحبس من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك وقع تعليماً للأجواز حيث لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم عن يثمت بذلك ثم اذا سمع الحجة الكاملة فحبل للدرء والله أعلم بالصواب وذكر في كتاب أدب القاضي لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما لان أخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز أن

قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) لان الحبس للثمة ههنا والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة اما العدد أو العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت الابحجة كاملة وذكري كتاب أدب القاضي أن على قولهم لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد حصول الاستيثاق بالكفالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لانه دين مطالب به يمكن الاستيفاء

(ولا يحبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) انه عدل لنفي المجهول (لان الحبس ههنا للثمة) للاستيفاء الحد (والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة اما العدد أو العدالة) فاذا وقعت التهمة حبس بالنص وهو ما روي به من حكمهم عن أبيه عن حده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً بالثمة وقد منّا تخريجاً والكلام فيه في الحدود (بخلاف الاموال لان الحبس أقصى عقوبة فيه) أي في المال فانه لو ثبت المال بالبينّة العادلة وامتنع من الابقاء يحبس فكان أقصى عقوبة فيها أما الحدود والقصاص فأقصى العقوبة فيها القتل والحبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحد والقصاص وفي الصحاح والمغرب التهمة بالتحريك وأصل التاء فيه واو من وهمت الشيء أهيمه وهماء من باب ضرب أي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب من الخاطر واتهممت فلانا بكذا والاسم التهمة بالتحريك أصله واتهممت بمعنى اعتمدت فقلت الواو بلاء لتكسار ما قبلها ثم أبدلت منها واو دغمت في تاء الانتعال قال المصنف (وذكري في أدب القاضي ان على قولهم لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد حصول الاستيثاق بالكفالة) اذ هما بقولان بجواز الكفالة فيحصل بهما المقصود فكان عنهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل وفي أخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود بأحدهما ويجمع بينهما بأن المراد بالاولي يحبس ان لم يقدر على كفيل وبالثانية يكفل بلا حبس ان قدر على الكفيل ولا يخفى أن المراد بالحدود حد القذف والقصاص (قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لان الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد

(٥١ - فتح القدير خامس) يستوثق به فيستغنى عن الحبس وقبل معنى كلامه ان في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية أخرى عكسه لحصول الاستيثاق بأحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج الخ) أو رده هذه المسئلة ههنا دفعاً لما عسى يتوهم ان أخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلوات دون الديون المطلقة فان هذه الكفالة تقضي ديناً مطالباً به مطلقاً والخراج كذلك

(قوله أي لثمة الفساد لا لاثبات المدعى) أقول لا تظهر لاثبات (قوله ينافي الدرء) أقول لا نسلم ذلك وانما ينافيه لو كان وضع الحبس للاستيثاق كما في التكفيل وليس كذلك بل الحبس يكون للتقرير وما نحن بصدد ذلك وقد صرحوا في الوصايا وغيرها بأن الاعتبار للوضويعات الاصلية فلا حاجة الى ما ذكره في معرض الجواب مع استمالة على ما لا يخفى فليستأمل (قوله ثم اذا سمع الحجة الكاملة فحبل للدرء) أقول فيئذ يكون الاتهام أكثر فليستأمل (قوله وقبل معنى كلامه) أقول القائل هو الكافي (قوله أو رده هذه المسئلة ههنا الخ) أقول أنت خير بأنه لا يدل على وجه ايرادهما في أثناء مسائل الكفالة بالنفس وهل المهم بيانه الا ذلك ولكن الظاهر أن المراد أن الكفالة بالنفس جائزة في الخراج وان كان المفهوم من الشرح الكفالة بالخراج والامر هين.

الآثرى أنه يحبس به و يمنع وجوب الزكاة و يلزم من عليه لأجله فصح الكفالة عنه وانما قيل مطلقا يعنى في الحياة والمات احتراماً عن الزكاة فانهم يطالبون بأما في الاموال الظاهرة فالمطالب هو الامام وأما في الباطنة فلا كمال كونهم نواب الامام والكفالة بها لا يجوز لانها غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن توثيقاً كالكفالة استطرذاً كره في باب الكفالة فقوله (لانه دين مطالب به) اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحياة والمات تصح الكفالة به بالاستقرار ولو وجود ما شرع الكفالة لأجله فيه وقوله ( يمكن الاستيفاء) اشارة الى صحة الرهن فانها تعتمد امكان الاستيفاء لكونه توثيقاً بحاجب الاستيفاء فيرتب موجب العقد في الرهن والكفالة عليه قيل في كلام المصنف ألف ونشر مشوش ولا بعد في قصده ذلك قال (ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه الخ) تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كفلاً بجملة أو على التعاقب (٤٠٣) لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة أى أن يلزم الكفيل ضم ذمته الى ذمة

الاصيل في المطالبة بأن يكون مطلوباً باحضار المكفول عنه كما انه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد برده لرجوعه الى الزام من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل والمقصود بشرع الكفالة التوثيق والثانية بزيادة التوثيق وما يزداد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضى لجوازه موجوداً والمنازع منتفياً قاله قولاً بامتناعه قول بلا دليل واذا صححت الثانية لم يبرأ الاول لاننا انما صححناها بزيادة التوثيق فلو برئ الاول ما زاد الامتناع فما فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف باطل وقال ابن ابي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي واجباً على الاول كان واجباً في موضعين

فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال (ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفلاً آخر فيهما كفيلان) لان موجب التزام المطالبة هو متعددة والمقصود التوثيق والثانية بزيادة التوثيق ولا يتنافيان (وأما الكفالة بالمال فخاتمة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً اذا كان ديناً صحيحاً مأملاً أن يقول تكفلت عنه بألف أو بمالك عليه أو بما يدرك في هذا البيع) لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة

حتى يحبس به و يلزم و يمنع من وجوب الزكاة فصح الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه والخراج يمكن استيفاءه من الرهن (فأمكن ترتيب موجب العقد) أى كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به وظهر بما قررناه ان قوله مطالب به يمكن الاستيفاء ألف ونشر فالمطالبة ترجع الى الكفالة والاستيفاء يرجع الى الرهن وانما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم أنه لا تجوز الكفالة به لان الخراج في حكم الصلوات وجوبه لحق الشرع كالزكاة لكن لما كان ملزوماً للوازم الدين كاذكر ناصح العقدان المذكوران بخلاف دين الزكاة فإنه وان كان له مطالب من العباد وهو الامام في الاموال الظاهرة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فانه ليس حقيقة الدين لان حاصله ايجاب عليك طائفة من المال شكر الله على نعمة الغنى ولذا لا يؤخذ من تركه جبراً للورثة عندنا ولم يخص كونه له مطالب من العباد عن شبهة عدم ذلك فان المالك للعين يحقق مطالباً من جهة العباد حقيقة بل حقيقة ذلك أن يكون غير المالك مطالباً للمالك فالمالك مطالب بفتح الهمزة ليس غير ومطالبة الامام ليس لا يصل المستحقين الى أملاكهم بل الى ما يستحقون لا بطريق المالك بخلاف سائر الديون فانها معلوكات (قوله ومن أخذ من رجل كفلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفلاً آخر) بنفسه جاز (وهما كفيلان) بالنفس (لان موجب التزام المطالبة) وجاز تعدد الملتزمين به لزيادة التوثيق ثم اذا أسلم أحدهما نفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالاجماع بخلاف الكفالة بالمال ان كفلاً لو اعطى طلب كل بما يخصه أو على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلاً كفلاً ثلاثة معاً بألف لا يطالب أحدهم الا بثلاثها ولو كفلاً بها على التعاقب طوبى كل واحد بالالف وأجرهم قضى سقطت عن الباقي (قوله وأما الكفالة بالمال) هو عدل قوله أول الباب الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال من حيث المعنى فان المعادلة

وهو بناء على أصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية الصريحة والاصل موافقتها وبغضى الى عدم التفرقة بين الكفالة والخوالة فان فيها ايضاً المحيل وذلك باطل ثم اذا أسلم أحد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه قال (وأما الكفالة بالمال فخاتمة الخ) لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء كان معلوماً كقوله تكفلت عنه بألف أو مجهولاً كقوله تكفلت عنه بمالك عليه أو بما يدرك في هذا البيع يعنى من الضمان بعد ان كان ديناً صحيحاً لان مبنى الكفالة على التوسع فانما ترفع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به بسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة قال المصنف (فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما) أقول قال الاتقاني الضمير في عليه راجع الى الخراج وفي فهم راجع الى الكفالة والرهن انتهى والظاهر أن ضمير عليه للعقد وضمير فيهما للكفالة والرهن بالخراج (قوله قيل في كلام المصنف ألف ونشر مشوش) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لرجوعه الى الزام من له الطلب الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (وعلى الكفالة بالدرك) بفتح الراء وسكونه وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول وفيه إشارة الى نفي قول من يقول ان الضمان بالمجهول لا يصح لانه التزام مال فلا يصح مجمله ولا كائن في البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالمجهول وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشجرة أى شجرة كانت اذا كانت خطأ فأنها صحيحة وان كانت بمجهول (٤٠٣) لاحتمال السرية والاقتصار

وانما قيل خطأ لانها اذا كانت عمدا وقد سرت وكانت الشجرة بالة جارحة فانها توجب القصاص والكفالة به لا تصح ولما صرح ذلك في كلامه لم يحتج الى التقييده (وشرط أن يكون

المكفول به ديناً صحيحاً) وفسره بأن لا يكون بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذ الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حق لنفسه والمطلوب لا يقدر على اسقاطه من نعمته الا بالانقضاء وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب أن يسقط البديل بتجزئه نفسه وقيل لان المولى لا يجب له على عبده شئ فيطالب به قال (والمكفول له بالخيار الخ) المكفول له مخير بين أن يطالب الذي عليه الاصل أى الدين ويسمى الدين أصلاً لان المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين بغير دين غير متصور فكانت المطالبة فرعاً وهذا التخيير بناء على ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول لا البراءة عنها الا اذا شرطت البراءة

وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل لشجرة تحت الكفالة وان احتملت السرية والاقتصار وشرط أن يكون ديناً صحيحاً ومراعاة أن لا يكون بدل الكتابة وسيأتي في موضعه ان شاء الله تعالى قال (والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذى عليه الاصل وان شاء طالب كفيله) لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فيجئنا من تنعقد حواله اعتباراً للمعنى كأن الحواله بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة (ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما) لان مقتضاء الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين أحد الغاصبين لان اختياره أحدهما

الصريحة لو قال أما المالك فإله بالنفس وهو أقوال فالكفالة بالنفس الخ والكفالة بالمال عندنا جائزة وان كان المال المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم وقال في الجديد هو وابن أبى ليلى والليث وابن المنذر لا تجوز بالمجهول لانه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لوقوع المدح كسات في مبادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله أو رفع الضيق عن الحبيب فلا يبالى بما التزم في ذلك ويدل على ذلك اقدمه بلا تعيينه للقد ارحين قال ما كان عليه فعلى فكان ممناها التوسع فتحملت فيها الجهالة ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط اختيار عشرة أيام بخلاف البيع وما فوض به من انه لو قال أنا ضامن لك ببعض مائة على فلان فانه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا واخيار للضامن وبما لم أن بين أى مقدار شاء (وعلى ضمان الدرك اجماع) وضمن الدرك أن يقول للمشتري أنا ضامن للثمن ان استحق المبيع أحد مع جواز أن يظهر استحقاق بعضه أو كله وقد نقل نص الشافعي رضي الله عنه على جواز ضمان الدرك وأما الاستدلال بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم على أن شرع من قبلنا نأمر لئلا نأمر الله تعالى ولم يعقبه بالنكار فيمكن أن يدعى أن جل البعير كان مقدراً معيناً كما يتعارف في زماننا أن الحمل الصادر خمساً رطل فلا يتم الاستدلال به (وصار كما لو كفل بشجرة) أى خطأ فان العمد على تقدير السرية يجب القصاص اذا كانت بالة جارحة ولا كفالة بالقصاص وانا كانت خطأ في الكفالة بها جهالة المكفول به فانها ان سرت الى النفس وجب دية النفس والافارش الشجرة ومع ذلك صح وقد مننا ان المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح لان العبد متمكن من اسقاط هذا الدين بنفسه بأن يعجز نفسه ولانه للسيد على عبده ولادين يثبت للسيد على عبده وكذا يحترزه عن دين الزكاة فانه دين حتى يمنع وجوب الزكاة لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها (ثم المكفول له بالخيار ان شاء طالب الذى عليه الدين وان شاء طالب الكفيل) وهو قول أكثر أهل العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل الا اذا تعذرت مطالبة الاصيل (وله مطالبتهما) جميعاً لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة وذلك يسوغ مطالبتهما أو مطالبة أيهما شاء الا اذا شرط في الكفالة براءة الاصيل فيجئنا لا يطالب الاصيل بناء على أنها حينئذ حواله عقدت بلفظ الكفالة تجوز به انما يفجر حينئذ أحكام الحواله كأن الحواله بشرط أن لا يبرأ الاصيل تنعقد كفالة اعتباراً للمعنى فيهما (بخلاف المالك) المغصوب منه (اذا اختار تضمين أحد الغاصبين) يعنى الغاصب وغاصب الغاصب اذا قضى القاضي عليه بذلك ليس له أن يضم الآخر (لان اختياره) تضمين (أحدهما) أى ان قضى القاضي عليه

فتصير حواله اعتباراً للمعنى كأن الحواله بشرط أن لا يبرأ المحيل تكون كفالة فعلى هذا له أن يطالبهما جميعاً جملة ومتعاقباً بخلاف المالك اذا اختار أحد الغاصبين أى الغاصب وغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين أحدهما لا يقدر على تضمين الآخر لان اختياره أحدهما

(قوله ولما صرح ذلك) أقول فيه بحث (قوله وقيل لان المولى الخ) أقول فيه شئ يؤيد دفع بقولنا قياساً تاملاً

يتضمن التملك منه فلا يمكنه التملك من الثاني أما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التملك فوضح الفرق قال ( ويجوز تعليق الكفالة بالشروط ) مثل أن يقول ما باعت فلانا فعلى أو ما ذاب لك عليه فعلى أو ما غصبك فعلى والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاءه حمل بعير وأنا به زعيم والاجماع منع عقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقه بالشروط مالا ثم لها مثل

( يتضمن التملك منه ) فغير الا بخلاف الضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضي التملك ولو قضى عليه ما لم توجد حقيقة الاستيفاء ( قوله ) ويجوز تعليق الكفالة بالشروط ) مثل أن يقول ما باعت فلانا فعلى وما ذاب لك عليه أى ماوجب وثبت فعلى من ذوب الشحم لان المعنى ان يباعته فعلى ذلك البيع وان ذاب لك عليه شئ فعلى وكذا ما غصبك فعلى واذا حقت فعليه ما يجب بالمبايعه الاولى فلو يباعه مرة بعد مرة لا يلزمه عن المبايعه الثانية ذكره في المجرى عن أبي حنيفة نصا وفي نوادر أبي يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعه صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شئ وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة لجهالة المكفول في الاضافة ولو قال ما باعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل انتفاش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبخلاف انفراد جهالة المكفول به فانها حينئذ قليلة تتحمل والحاصل ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفي التخيير لا تمنع مثال ذلك لو قال ما ذاب لك على أحد من الناس أو ما يباع أحد فهو على لا تصح لجهالة المضمون عنه في الاضافة وكذلك لو قال ما ذاب لأحد عليك فهو على لا تصح لجهالة المكفول له ولو قال ما غصبك فلان أو سرقك فعلى جاز لا تنفاهما ومن المثل ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن لا تصح الكفالة كأنه قال ما يجب لك على واحد من الناس فعلى وفيه لا تصح لجهالة المكفول عنه ومن بايع فلانا اليوم من يبيع فعلى لا يلزم الكفيل شئ لجهالة المكفول له لانه ضمن لواحد من الناس بخلاف ما لو قال لجاعة حاضر من ما يبيعتموه فعلى يصح فأبهم يباعه لزم الكفيل لانه ضمن لمعينين وحينئذ يجب كون أهل الدار في المسئلة التي قبلها ليسوا معينين معلومين عند المخاطبين والافلا فرق ومنه ما لو قال لرجلين كفلت هذا بعالة على فلان وهو ألقأ وله ذاب بعالة عليه فهو باطل لجهالة المكفول له ولو قال لرجل كفلت بعالة على فلان أو مالاً على فلان رجلاً أخر جاز لان جهالة المكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج الى فرقين فرق بين المكفول له وعنه في التخيير حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له وفرق بين المكفول عنه في التخيير والاضافة حيث يصح في التخيير دون الاضافة أما الاول فماذا كرفي الذخيرة ان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لانه تلك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من التعيين ولا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها بجهالة المشتري مانعة للبيع والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعناق حيث صح من غير قبوله وأمره فلا تمنع جهالته جوازها كما لا تمنع جهالة المعتق جواز العتق وأما الفرق بين جهالة المكفول عنه في الارسال والتعليق ان القياس يأبى جواز اضافة الكفالة لانها تملك في حق الطالب وانما يجوز استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فإذا كان مجهولاً يبق على القياس وحاصل هذا أن الما تمل هو الاضافة لجهالة المكفول عنه اذا عرف هذا جئنا الى مسألة الكتاب فاستدل المصنف وأكثر الاحصاء بقوله تعالى ولمن جاءه حمل بعير وأنا به زعيم ونقل عن أبي بكر الجصاص تضعيف الاستدلال بجواز أن يكون لبيان العالة لا الكفالة وكذلك قال أصحاب الشافعي لان هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر لانه ضامن للأجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة

يتضمن التملك اذا قضى  
القاضي بذلك فلا يمكن  
من التملك من الثاني أما  
المطالبة بالكفالة فلا تتضمن  
التملك قال ( ويجوز  
تعليق الكفالة بالشروط  
الح ) يجوز تعليق الكفالة  
بشرط ملائم مثل

أن يكون شرطاً وجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لا مكان الاستيفاء مثل أن يقول إذا قدم زيد وهو المكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة أو إذا مات ولم يدع شيئاً أو إذا حل ماله عليه ولم يوف به فعلى ولا يجوز بشرط مجرد عن الملامة كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر وقيد بكون زيد مكفولاً عنه لأنه إذا كان أجنبياً كان التعليق به كافي هيوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم فإن منادى يوسف عليه السلام على الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المحي بصواع الملك وكان نداه بأمري يوسف عليه السلام وشريعة من قبلنا شريعة لنا إذا قصم الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قال بعض الشافعية ان هذه الآية محمولة على بيان العمالة لمن يأتي به لبيان الكفالة فهو كقول من أبق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة انما تكون إذا التزم عن غيره وهما قد التزم عن نفسه والثاني ان الآية متروكة الظاهر لانها تشتغل على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بهامهما ممكن واجب فكان معناه والله أعلم أن يقول المنادى للغيران الملك يقول لمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم بذلك فيكون ضامناً (٤٠٥) عن الملك لا عن نفسه فتتحقق حقيقة الكفالة وعن

أن يكون شرطاً وجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لا مكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر

وضمان العمالة على هذا الوجه جائز لكن أبق عبده فقال من جاء به فله كذا والدليل على انه ليس من باب الكفالة بل هو من العمالة ان المكفول له في الآية مجهول ولا كفالة مع جهالته الا في مسألة واحدة سنأتي وعامة المشايخ قالوا الاستدلال به صحيح فان الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن انما نادى العير عن غيره وهو الملك فان المعنى الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير لانه انما نادى بأمره ثم كف عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه الا أن فيه جهالة المكفول له فقد اشتملت على أمرين جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجواز مضافته وقد علم انتساق الاول بدلالة الاجماع على منعها مع جهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته لحديث أبي قتادة في قصة الميت المديون بدرهمين فقال على هما على فصل على عليه الصلاة والسلام عليه فدل على جواز الأمرين ثم قام الدليل على انتساق أحدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يقم على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولولم يتم هذا كفي ما تقدم من المعنى فيها ومن الاجماع على صحة ضمان الدرك ولما كان اضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالمبيع الى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو أن يكون شرطاً ملائماً ملائمة الشرط بأحد ثلاثة أمور أحدها أن يكون سبباً للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المصنف (أن يكون شرطاً وجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع) فان استحقاقه سبب وجوب الحق على البائع لا يشتري ومن هذا القبيل ما في الآية فان الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المحي بصواع الملك فانه سبب وجوب الجعل الثاني (أن يكون شرطاً لا مكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم فلان وهو مكفول عنه) فان قدمه سبب موصول للاستيفاء منه الثالث (أن يكون سبباً لتعذر الاستيفاء مثل ان غاب عن البلد) أو هرب أو مات ولم يدع شيئاً ومن

حقيقة الكفالة وعن الثاني بان في الآية أمرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له وضافته الى سبب الوجوب وعدم جواز أحدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له فان الاولى لا تمنع الجواز أصلاً والثانية تمنعه اذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما بايعت أحداً من الناس والثالثة تمنعه مطلقاً فالجواب ان الاولى منصوص على جوازها لانه قال تعالى حمل بعير وهو غير مع لوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم تمنع

مطلقاً والثانية انما تمنعه لاجل الاضافة لالجهالة فان الكفالة المضافة الى المستقبل يأبى القياس جوازها على ما يأتي وانما جوزت استحساناً للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول منه معلوماً فالجملهول باق على أصل القياس والثالثة انما تمنعه مطلقاً لان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا تصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعناق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعناق من غير قبول أصلاً وإذا كان بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما ان جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعود بقولنا على ما يأتي

قال المصنف (وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه) أقول أي في معنى الذي ذكرناه وهو أن كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقها به قال المصنف (فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط) أقول ولا تصح الكفالة أيضاً كما ذكره الشارحون (قوله وجهالة المكفول له الخ) أقول كما إذا قبل من غيبته أنت وقتلته فأنا كفيل له عنك (قوله وهذا هو الموعود) أقول الإشارة الى كون الكفالة بيعاً في حق الطالب فانه اذا كانت الكفالة تملك كافي حقه واطرافه التملك الى المستقبل لا تصح لم تصح اضافة الكفالة الى المستقبل في القياس فليست أصل

( قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما أجلا ) أى كلما يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ويجبى المطر كذا لا يصح جعلهما أجلا للكفالة وفى كلامه نظر من أوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضى نفي جواز التعليق لاني جواز الكفالة مع ان الكفالة لا تجوز الثانى ان قوله وكذا اذا جعل معطوف على قوله فأما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل ولا يخلو اما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة اذ لم يذ كر التأويل الاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما أجلا والثانى كذلك لقوله بعده الا أنه تصح الكفالة والثالث ان الدليل لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشرط الفاسدة ( ٤٠٦ ) ومع ذلك فليس يستقيم لانها تبطل بالشرط المحض وهو أول المسئلة ويمكن أن يجاب

عن الاول بأن حاصل الكلام نفي جواز الكفالة المتعلقة بهما والمجموع ينتفى بانتفاء جزئه لا يقال نفي الكفالة المؤجلة كنفى المتعلقة ولا تنتفى

وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا الا أنه تصح الكفالة ويجب المال حال الان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعناق ( فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل ) لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به ( وان لم تقم البينة

الكفالة بانتفاء الاجل لان الإيجاب المعاق نوع اذا التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد تقدم في الصرف ما يقاربه ان كان على ذكر منك وعن الثانى بأن فاعل يصح المقدر هو الاجل وتقديره وكذا لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما أجلا وعن الثالث بأن المراد بالتعليق بالشرط الاجل مجازا بقريضة قوله ( ويجب المال حالا ) وتقديره لان الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالأجل الفاسدة كالطلاق والعناق ويجوز المحراز عدم الثبوت في

الصور المروية عن محمد رحمه الله تعالى ضمنه مال على فلان ان توى وان حل مال عليه ولم يوافق به وفى الخلاصة نقلا عن الاصل قال للمودع أن تلف المودع وديعتك أو بحدك فأناضامن لك صح وكذا اذا قال ان قتلك ابنك فلان خطأ فأناضامن للدية صح بخلاف ان اكلت سبع وشحوه ما ليس ملائما كان دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق ( وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا ) يعنى من هبوب الريح ويجبى المطر كأن يقول كفلت به أو بمالك عليه الى ان تهب الريح أو الى أن يجبى المطر لا يصح الا أن الكفالة تثبت حالة ويبطل الاجل بخلاف ما لو علقها بهما فلو اذابت الريح فقد كفلت بمالك عليه فان الكفالة باطلة أصلا ولو جعل الاجل الحصاد أو الدباس أو المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل فالخاصل ان الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل لكن تعدل المصنف لهذا بقوله ( لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعناق ) يقتضى أن فى التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط والمصرح به فى المبسوط وفتاوى قاضى خان أن الكفالة باطلة فتصحجه أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجماع أن فى كل منهما عدم ثبوت الحكم فى الحال وقد المصنف فى هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر التعليق وأراد التأجيل هذا وظاهر شرح الاتقافى المنشئ على ظاهر اللفظ فانه قال فيه الشرط اذا كان ملائما جاز تعليق الكفالة به ومثل بقوله اذا استحق المبيع فأناضامن الى أن قال وان كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ويجبى المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لان كل ما جاز تعليقه بالشرط لا يفسد بالشرط الفاسدة أصله الطلاق والعناق وفى الخلاصة كف على أن يجعل له الطالب جعلا فان لم يكن مشروطا فى الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيها فالكفالة باطلة انتهى وهذا يفيد انها تبطل بالشرط الفاسدة ان كانت فى صلبها ( قوله فان قال تكفلت بمالك عليه ) هذا شروع فى بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل وهذا على اختلاف اللفاظ التى تقع بها الكفالة فن ذلك ما ذكر من قوله تكفلت بمالك عليه فلا يجب على الكفيل شئ الا أن تقوم البينة بمقدار ألف أو غيرها ( لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق بهما ما عليه ) فوجب عليه ( ولو لم تقم بينة

فالقول

الحال فى كل واحد منهما ( فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بألف ضمنه الكفيل

لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ) ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فصح الضمان به ( وان لم تقم البينة

قال المصنف ( وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا ) أقول أى وكذا لا يصح التعليق على أن يكون المراد به التأجيل على طريقة الاستخدام قال المصنف ( لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط ) أقول أراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازا أى بأجل متعارف ( قوله فاعل يصح هو التعليق ) أقول يجوز أن يقال فاعله ضمير التعليق مراد به التأجيل على طريقة الاستخدام

فالقول قول الكفيل مع عينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر الزيادة) وانما كان القول قوله لانه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما اذا أقر بشي مجهول وانما كان مع عينه لان من جعل القول قوله فيما كان هو خصما فيه والشئ (٤٠٧) مما يصح بذله كان القول قوله مع

عينه كالمدعى عليه بالمال واليه أشار بقوله لانه منكر للزيادة (فان اعترف المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لانه أقر على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايتيه عليها) كالمرضى اذا أقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غرماء ديون الصحة حيث يقدمون على المقر له في حالة المرض قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره الخ) الكفالة بأمر المكفول عنه وهو أن يقول ضمن عني أو تكفل عني وبغير أمره سيان في الجواز لان الدليل الدال على جوازها وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وأمثاله لا يفصل بين كونها بأمره أو بغيره ولان الكفالة التزام أن يطالب بما على الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره وغير المتضرر هنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر

قال المصنف (لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه) أقول قال الزيلعي بخلاف ما اذا قال ماذابك على فلان

فالقول قول الكفيل مع عينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر الزيادة (فان اعترف المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله) لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه (ويصدق في حق نفسه) لولايتيه عليها قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لاطلاق ما رويناه ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه

فالقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه (مع عينه) (فان اعترف المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق) (المكفول عنه) (في حق نفسه) (بما أقر به على نفسه) (لولايتيه عليها) بخلاف قوله ماذابك على فلان فهو على أو ما ثبت فأقر المطلوب بما لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فانه بمعنى حصل وقد حصل باقراره بخلاف الكفالة بمالك عليه فانها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما يجب والوجوب ثبت باقراره بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم الا أن يقضى القاضي ومثل مالك ما أقر لك به أمس فلو قال المطلوب أقررت له بألف أمس لم يلزم الكفيل لانه قبل ما لا واجبا عليه لا ما لا يجب عليه في الحال ولم يثبت أنه واجب عليه فان قال ما أقر به فأقر في الحال يلزمه ولو قامت بينة أنه أقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقل ما كان أقر لك ولو أجب المطلوب اليه فالزعم القاضي لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل بذل وفي الخلاصة رجل قال ما أقر فلان به فهو على فثبت الكفيل ثم أقر فلان بالمال لازم في تركه الضامن وكذا ضمان الدرك وفيها رجل قال لا خير بايع فلانا فبايعته من شئ فهو على صح فان قال الطالب بعته متاعا بألف وقبضه مني وأقر به المطلوب وبجهد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحسانا بالباينة ولو بجهد الكفيل والمكفول عنه البيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلمه لزمه ما ولو قال ان لم يعطك فلان مالك عليه فأنا ضامن بذلك لا سبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا أعطيك ولومات المطالب قبل أن يتقاضاه لزم الضمان أيضا ولو لم يمت لكنه قال أنا أعطيك ان أعطاه مكانه أو ذهب الى السوق فأعطاه أو قال اذهب الى المنزل حتى أعطيك مالك فأعطاه فهو جائز فان قال ذلك ولم يعطه من يومه لزم الكفيل ولو قال ان تقاضيت فلانا مالك عليه ولم يعطك فأنا مالك عليه ضامن فثبت المطالب قبل أن يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان عجز غريمك عن الاداء فهو على فالعجز يظهر بالحس ان حبسه ولم يؤد لزم الكفيل وفي فتاوى النسبي رجل كفل لرجل عن رجل بمال على أن يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكن فلان الكفالة لازمة وليس له خيار في ترك الكفالة وفي مجموع النوازل جماعة طمع الوالي أن يأخذ منهم شيئا بغير حق فاخذت في بعضهم وطفروا الى بعضهم فقال المختفون للذين وجدهم الوالي لا تطعوهم علينا وما أصابكم فهو علينا بالخصص فلو أخذ الوالي منهم شيئا فلمهم الرجوع قال هذا مستقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجباية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح ولو كفل بماله على أن يعطيه من ودیعة المكفول عنه التي عنده جاز اذا أمره بذلك وليس له أن يسترد الودیعة منه فان هلك برئ الكفيل والقول قول الكفيل انه هلك فلو غصه هارب الودیعة أو غيره أو استهلكها برئ الكفيل والحوالة على هذا ولوضن بألف على أن يعطيه اياه من ثمن هذه الدار فلم يعطها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار (قوله) وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لاطلاق ما رويناه وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه أعسم من كونه باذن وبلاذن (ولانه) أي عقد الكفالة (التزام المطالبة وهو) أي هذا الالتزام (تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بلا ضرر

فعلى فأقر فلان على نفسه بألف فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحسانا والقياس لا يلزمه شئ لما بينا وجه الاستحسان أنه تكفل بما يستحب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما أتى بأي طريق كان في مسئلة الكتاب تكفل بما عليه في الحان فاذا أخبر الطالب أو المطلوب ما عليه كان متما فلا يصدق ما لم يقم البينة اه وفيه بحث

بل منتفع لا بحالة والمطلوب ان تضرر فاعلم بان تضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر فاعلم يا امرئ ان تضرر وان امر فقدرضى  
والضرر الرضى غير ضار فحينئذ (٤٠٨) ان الكفالة بنوعها بما يقتضيها المقتضى مع انتفاء المانع وكل ما هو

على المطلوب بنبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضى به (فان كفلا بامر رجوع بما أدى عليه) لانه  
قضى دينه بامر (وان كفلا بغير امر لم يرجع بما يؤديه)

على المطلوب لان ضرره (بنبوت الرجوع) ولا رجوع عليه (لانه) أى الرجوع (عند امره) عند امره  
يكون (قد رضى به فان كفلا بامر رجوع بما أدى لانه قضى دينه بامر) مقيد بامر من أحدهما  
أن يكون المطلوب عن يمينه من الامر فلو كان صبيًا أو مجبورًا أو امرئ من كفلا فلا رجوع له عليه ولو كان  
عبدًا مجبورًا فاعلم يا رجوع عليه بعد عتقه فلو كان الصبي مأذونًا صاحبه ورجوع الكفيل عليه  
لعمدة امره بسبب الاذن فانهم ما أن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول كفلا عني اضمن عني  
لقلان أو على قوله وأنا ضامن ونحوه فلو قال اضمن الالف التي لفلان على لم يرجع عليه عند الاداء  
لان الكائن مجرد الامر بالضمن والاعطاء بخلاف أن يكون القصد بالرجوع وان يكون القصد بطلب تبرعه  
بذلك فلم يلزم المسال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن زيد في ما أشارت الاسرار اذا قال رجل اضمن لفلان  
ألف درهم أو اقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الا امر الا اذا كان خليطًا أو شريكًا وقال أبو يوسف  
يرجع لانه وجد القضاء بناء على الامر فلا بد من اعتبار الامر فيه وأن يكون كذلك الا اذا كان قضاء من  
جهة الذي امر فصار كالموالات اقص عني ويتضمن ذلك استقرضاه مني ومتى قلنا لا يقع عن الذي امر  
لغا الامر لانه يصير قاضيًا عن نفسه فيصير وجود الامر وعدمه سواء أما الخليط فيرجع فيه  
بالاجماع والخليط هو الذي يتاد الرجل مدينته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستعجار منه  
وأورد مطالبه بالفرق بين الامر في الكفالة وبين ما اذا قال أدعني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين  
فأدى عنه لا يرجع على الامر ما لم يشترط الضمان فيقول على أي ضامن فلم يكتف بمجرد الامر في الرجوع  
وان ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكتفي به وأجاب في الذخيرة وبسوط  
شيخ الاسلام بأن الامر بطلب التمسك من المأمور في الفصول كلها لانه امره أن يؤدي عنه ويقضى  
عنه وأن يكون قاضيًا عنه الابد أن يصير المقضى به ملكًا لا امر الا أن الملك لا امر انما ثبت في  
ضمن ملك القابض فيثبت على وفقه فثبت للقابض ملك مضمون بالمثل ثبت لا امر مثل ذلك  
والا فلا وفي قضاء الدين انما ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لانه انما غلظه بالمثل وهو الدين السابق له  
حتى لو ظهر أن لادين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت لا امر ملك مضمون بالمثل وليس ذلك الا القرض  
وفي باب الزكاة والكفارة ثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر أن لازكاة عليه لا يسترد من  
الفقير ما قبض فيثبت لا امر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه الا بالشرط والحاصل ان الامر في الكفالة  
تضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عني وفي قضاء الزكاة والكفارة طلب التمسك ولو ذكر لفظة عني  
لما ذكرنا أن الملك انما ثبت للكفول عنه على الوجه الذي ثبت للقابض وقوله (وان كفلا بغير  
امر لم يرجع) هو قول الشافعي ورواية عن أحمد وقول مالك ورواية عن أحمد يرجع كالوكيل  
بأمره لان الطالب بالاستيفاء منه كالمالك الماعلى المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في  
استيفاء المال من الاصيل وقلنا غلبت الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وحيث تساهلنا في شيء  
من ذلك فانما غلبناه التشبيه أي هو كالمالك وفي الكفالة بالامر يجب المسال للكفيل على الاصيل  
حكم الكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن يتأخر الى أدائه وهذا لا يكون في كفالة بلا أمره

كذلك فالقول بجواز  
واجب ثم ان كفلا بامر  
رجوع بما أدى عليه لانه  
قضى دين غيره بأمره ومن  
قضى دين غيره بأمره يرجع  
عليه ولا ينتقض بما اذا كان  
المكفول عنه صبيًا مجبورًا  
عليه أو عبدًا كذلك  
وأمر الكفيل فانه اذا  
أدى لا يرجع على الصبي  
أصلاً ولا على العبد  
مادام رقيقاً لان المراد  
بالامر ما هو معتبر شرعاً  
وما ذكرتم ليس كذلك  
ولما اذا قال لغيره أدعني  
زكاة مالي أو أطعم عني  
عشرة مساكين ففعل  
فقضى دين غيره بأمره  
ولا يرجع عليه ما لم يقل  
الامر على أي ضامن  
لان المراد بالدين هو  
الدين الصحيح وما ذكرتم  
ليس كذلك على ما تقدم  
وان كفلا بغير أمر لم  
يرجع

قال المصنف (لانه قضى  
دينه بأمره) أقول المراد  
أمره المعهود (قوله لان  
المراد بالامر ما هو معتبر  
شرعاً وما ذكرتم ليس  
كذلك) أقول فيه تأمل  
فانه لو لم يكن معتبراً لم  
يرجع على العبد بعد

ما عتق ثم قوله لان المراد جواب لقوله ولا ينتقض الخ (قوله لان المراد بالدين هو الدين الصحيح) أقول جواب (لانه  
لقوله ولا بما اذا قال لغيره الخ

لانه متبرع بأدائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل اذا أدى رجع سواء كفله بأمره أو بغير أمره لان الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل أو أقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل والجواب أن عليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وإذا كفله بأمره فبنفس الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل ولكنه يؤخر الى أدائه وهذا لا يكون عند كفالة بغير أمره (قوله رجع بما أدى) اعلم أن الكفيل عليك المكفول به في فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها هبته اياه ومنها ارثه له ومنها صلحه اياه على جنس آخر فاما الفصل الاول فعلى نوعين أحدهما أن يكون أدى ماضين وفيه الرجوع بما أدى لانه أدى مثل ماضين والثاني أن يكون أدى خلاف ماضين كما إذا أدى زبوا فادله ماضين من الجياد ويجوز له ذلك أو بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ماضين لا بما أدى قال المصنف (لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب) والطالب لم يكن له أن يطالبه الا بما في ذمته فكذلك من نزل منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو أن يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بما ماضين وعلى فصل الميراث وهو أن يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه عليك الدين ويرجع بما ماضين لقيامه (٤٠٩) مقام الطالب وفيه بحث من وجهين

أحدهما أن هبة الدين للكفيل عليك الدين من غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لافي الدين والثاني ان الهبة والميراث المملوك واحد لا تعد فيه وهو ماضين وأما في الاداء بخلاف ماضين فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فماتين الرجوع به فيما تعدد اعنى ما أدى وما ماضين والجواب عن الاول بوجهين أحدهما أن عليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه وأذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح لانه عليك ما لا يقدر على تسليمه واذا أذن له بالقبض صار كأنه أخرجه من الكفالة ووكاله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وحينئذ يكون

لانه متبرع بأدائه وقوله رجع بما أدى معناه اذا أدى ماضينه أما اذا أدى خلافه رجع بما ماضين لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث وكذا اذا ملكه المحتال عليه

(لانه متبرع) ولا يمكن اثبات المال في ذمة المطلوب بل ارضاء ولذلك لا يرجع وقوله (رجع بما أدى معناه اذا أدى ماضينه أما اذا أدى خلافه) فانما (رجع بما ماضين) حتى لو كان الدين زبوا فادله عنها جياذ فانما يرجع بالزبوف أو كان الدين جياذا فادله عنها زبوا فنحو الطالب به فيرجع بالجياذ بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى فلو كان الدين جياذا فادله زبوا فيرجع بالزبوف ولو كان زبوا فادله جياذا يرجع بالزبوف أيضا لان رجوعه بحكم الامر ولم تدخل صفة الجودة فيما اذا كان الدين زبوا فاحتج الامر أما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها أنه عليك الدين بالاداء فيصير كالطالب بنفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فان ماله عينه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل أو تصدق به عليه فانه يملكه ويطلب به المكفول بعينه فان قيل ينبغي أن لا تصح هبة الدين من الكفيل لان هبة الدين انما تصح عن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار وبهذه المسئلة استدلل من قال ان الكفالة ضم في الدين أوجب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين انما لا يجوز اذا لم يأذن للغير في قبضه فاما اذا وهب الدين من آخر وأذن له في قبضه جاز استحسانا وهنالم أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قبل والوجه أن يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وانما اخترنا هذه العبارة لان قبض الطالب من الكفيل سقطت ولا يثبت عن الدين الذي على المطلوب اذ صار ملكا لغيره عاجزا عن غير اختيار من الطالب فلا عليك التسليم على ما ليس في ملكه والوجه اما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الاصيل ويسقط عنهما باداء أحدهما كما هو أحد القولين أو اعتباره كذلك عند الهبة فحينئذ لا تصرف واذا وهب الكفيل الدين لا بد من قبوله بخلاف ما إذا أبرأه لان الواجب عليه المطالبة وبالبراءة سقط فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد وقوله (وكذا اذا ملك المحتال عليه الدين) بالاداء الى المحتال بأن أحال

(٥٢ - فتح القدير خامس) عليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثاني أن الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذ لم يكن هناك ضرورة وأما اذا كانت فيجوز أن يجعل في الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك أن يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يملك ما عليه لا ما على غيره وأمكن ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة الدين عليه فأمكن أن يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا يرشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته له في أن ابراء لا يرتد بالرد والهبة ترتد به فان ابراء اسقاط محض كالعتاق والطلاق يكتفي مؤنته بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت عليك اقتضت ملكا مقدورا للتسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فيست الحاجة الى نقل الدين ليصح التملك والتملك يرتد بالرد فكذلك لو وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذلك من الكفيل وعن الثاني بأن التشبيه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم اذ انزل منزلته والطالب ليس له أن يطلب الا ماضين له فكذلك من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو أن يحصل المدينون طالبا على رجل ليس له عليه دين وأدى الحال عليه ذلك بخلاف ماضين فان الحال عليه يرجع على المحيل بما ماضين لا بما أدى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب

(قوله كما يجب المال للطالب على الكفيل) أقول فيه شيء فانه لا دين على الكفيل في الاصل

(قوله بما ذكرنا في الحوالة) قبل يريد به حوالة كفاية المنتهى (قوله بخلاف المأمور بقضاء الدين) جواب دخل تقر به الكفيل لا يرجع  
 الا اذا أدى بأمر المكفول عنه ونحن نذكر لافرق بينهما وبين المأمور بقضاء الدين والمأمور يرجع بما أدى فكذلك الكفيل وتوجيهه ان  
 يقال المأمور بقضاء الدين لم يجب له على الا امر شئ حيث لم يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن  
 وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتبارهما فلو أدى الزوفى على الحياد ويجوز له ذلك يرجع به بدون الحياد لان اداء المأمور به  
 لم يوجد وان عكس فكذلك لان الامر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فقولنا يرجع بما أدى باطلا فقه فيه تسامح وأما  
 اذا صالح الكفيل رب الدين فهو (٤١٠) على نوعين أحدهما ان يصالحه على أقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على

خمس مائة وفيه يرجع بما  
 أدى لا بما ضمن لانه اسقاط  
 فكان ابراء فيما وراء بدل  
 الصلح وفيه لا يرجع الكفيل  
 على المكفول عنه على  
 ما ذكره والثاني ان يصالحه  
 على جنس آخر وفيه تملك  
 الدين فيرجع بما ضمن  
 وسيأتي قال (وليس للكفيل  
 أن يطالب المكفول عنه  
 بالمال) الكفيل بالمال  
 ليس له أن يطالب المكفول  
 به عنه قبل أن يؤدي عنه  
 لان الموجب للمطالبة هو  
 التمسك وهو لا يملكه قبل  
 الاداء فاتفق الموجب بخلاف  
 الوكيل بالشراء حيث  
 يرجع قبل الاداء لان  
 الموجب قد وجد في حقه  
 حيث انعقد بينهما أى  
 بين الموكل والوكيل مبادلة  
 حكيمة ولهذا وجب التحالف  
 اذا اختلفا في مقدار الثمن  
 والوكيل ولا به جنس المشتري  
 عن الموكل لأجل الثمن  
 كالسائغ والمبادلة توجب  
 الملك الموجب لجواز المطالبة

بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لانه لم يجب عليه شئ حتى يملك  
 الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمس مائة لانه اسقاط فصار كما اذا أبرأ  
 الكفيل قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه) لانه لا يملكه قبل  
 الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكيمة قال (فان لوزم  
 بالمال كان له أن يلزم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا اذا حبس كان له أن يجسسه لانه لحقه ما لحقه  
 من جهته فيعامله بمثله (واذا أبرأ الطالب المكفول عنه واستوفى منه برئ الكفيل) لان براءة الاصيل  
 توجب براءة الكفيل لان الدين عليه

المدينون رجال على رجل ليس له عليه دين فقبل الحوالة وأدى فانه يملك الدين الذي على المحيل فيرجع به  
 لا بما أدى حتى لو أدى عروضا ودراهم عن الدين لا يرجع الا بالدين كالكفيل وكذا لو وهب  
 المحتال الدين للمحال عليه أو تصدق به عليه أو ورثه المحتال عليه من المحتال وقوله (كما ذكرنا في الحوالة)  
 أى حوالة كفاية المنتهى (بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى لانه يملك الدين بالاداء) فانما  
 يرجع بما أدى كما ذكرناه قريبا (وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف) المكفول بها  
 (على خمس مائة) حيث يرجع بما أدى وهو الخمس مائة لا بما ضمن وهو الالف (لانه اسقاط) وهو ابراء  
 عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل الى الكفيل وقوله (فصار كالأبرأ الكفيل) يعنى عن  
 خمس مائة وأخذ منه خمس مائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه الا بخمس مائة فكذلك اذا صالح على  
 خمس مائة عن الالف لا يرجع الا بخمس مائة والمعنى اذا أبرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشئ  
 فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتبارا البعض بالكل (قوله وليس للكفيل أن يطالب  
 المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه لانه) أى الكفيل (لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل  
 بالشراء حيث له أن) (يرجع) على الموكل بالثمن (قبل أن يؤديه لانه انعقد بينهما مبادلة حكيمة) فان  
 الموكل لا يستفيد الملك الا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالتابع ولذا كان له جنس المشتري قبل قبض  
 الثمن ولا يباح المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذلك الوكيل (فان لوزم) الكفيل (بالمال فله أن  
 يلزم المكفول عنه) اذا كانت الكفالة توجب الرجوع (حتى يخلصه) وكذا اذا حبس كان له أن  
 يجسسه (خسلا فالشافعي في الاظهر قال لانه لا دين له عليه اذا الدين لا ينتقل اليه بالاداء ولم يؤد  
 بعدد وقتنا لازمته وجب به معه كما جاز أن يكون للدين حاز أن يكون لانه الذى أدخله في ذلك فعله  
 خلاصه والافيعامه بمثل ما عامل به (قوله) واذا أبرأ الطالب المكفول عنه واستوفى منه حقه برئ  
 الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل) بالاجماع (لان الدين عليه) أى على الاصيل

قال (فان لوزم بالمال الخ) اذا لزم الكفيل له أن يلزم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لانه هو (في  
 الذى أوقعه في هذه الورطة فعله خلاصه وكذا اذا حبس كان له أن يجسسه اذا كانت الكفالة بأمره وقال الشافعي رحمه الله ليس له ذلك لانه  
 لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء وقتنا هو مورط فعله الخلاص فاذا أبرأ الطالب المكفول عنه واستوفى دينه برئ الكفيل لانه أبرأ  
 الاصيل وبراء الاصيل يستلزم ابراء الكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقطت بالبراء فلم تبقى المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على  
 الكفيل لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علمتها

(قوله فلا بد من اعتبارهما) أقول فيه تأمل

وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ بوجوب أصل الدين في ذمة الكفيل أيضا على ما تقدم ولا يتوهم أن على ذلك القول براءة الأصل لا بوجوب براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع ويعمل بأن الكفالة لا تكون الا فيما هو مضمون على الأصل وقد سقط الضمان عن الأصل بالاداء أو البراءة فسقط عن الكفيل أيضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الأصل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل قولهم براءة الأصل بوجوب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط براءة الأصل في ابتداء الكفالة فان براءة الأصل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل فلنا لا نقض في ذلك فاننا قلنا ان براءة الأصل بوجوب براءة الكفيل واذا شرط براءة الأصل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل بل الباقي اذ ذلك المحال عليه ولم نقل بان براءة الأصل بوجوب براءة المحال عليه (١١٤) (وان أبرا الطالب الكفيل لم يبرأ

في الصحيح) (وان أبرا الكفيل لم يبرأ الأصل عنه) لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصل بدونه جائز (وكذا اذا أخر الطالب عن الأصل فهو تأخير عن الكفيل ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذي عليه الأصل) لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالبراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الأصل لانه لاحق له الا الدين حال وجود الكفالة قصار الاجل داخل فيه أما ههنا فبخلافه (في الصحيح) خلافا لما ذكرنا الدين في ذمة الكفيل كذا قيل وليس لهذا الخلاف أثر هنا بل القائل ان الدين في ذمة الكفيل والقائل بأنه ليس الا في ذمة الأصل قائل بأن براءة الأصل بوجوب براءة الكفيل لان ضمان الكفيل بشرط بقاء ضمان الأصل ويشترط قبول الأصل أو موته قبل القبول والرد فان ذلك يقوم مقام القبول ولو رده ارتد دين الطالب على حاله واختلف المشايخ ان الدين هل يعود الى الكفيل أم لا فبعضهم يعود وبعضهم لا بخلاف الكفيل فانه اذا أبرأ صح قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الأصل لما ذكرنا فبرأ ولو كان ابراء الأصل أو هبته أو تصدق عليه بعدم موته فعند أي يوسف القبول والرد للورثة فان قبلوا صح وان ردوا ارتد وقال محمد لا يرتد بردهم كالأبرأ هم في حال حياته ثم مات وهذا يختص بالبراء (وان أبرا الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لان عليه) أي على الكفيل (المطالبة) دون الدين (وبقاء الدين بدونه) أي بدون المطالبة على تأويل الطلب (جائز) فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الأصل فلا يبرأ الأصل ببراءه (وكذا اذا أخر عن الأصل فهو تأخير عن كفيه ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الأصل لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالبراء المؤبد) فان قيل ابراء المؤبد لا يرتد الكفيل والموقت يرتد رده وبراء الأصل يرتدان كلاهما والجواب ان الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم وسبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد وعليه ما ذكر في الذخيرة ان ابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه عليك مال لما ذكرنا ان الواجب بالكفالة مجرد المطالبة والاسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط كاسقاط الخيار وأما ابراء الموقت فهو تأخير مطالبة وليس باسقاط ألا ترى ان المطالبة تعود بعد الاجل والتأخير قابل للإبطال بخلاف الاسقاط المحض فاذا عرف هذا لم يقبل الكفيل التأخير والأصل فالحال حال يطالبان به الحال وهذا (بخلاف ما لو كفل بالمال) أي بالدين (الحال مؤجلا الى شهر) مثلا (فانه يتأجل عن الأصل) الى الشهر (لانه) أي المكفول له (لاحق له حال الكفالة الا في الدين) فليس اذ ذلك حتى يقبل التأجيل سواء (فكان الاجل) الذي يشترطه الكفيل (داخلا فيه) فبالضرورة يتأجل عن الأصل (أما ههنا) وهو ما اذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل (فبخلافه)

الأصل) لان على الكفيل المطالبة دون أصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط أصل الدين لان بقاء الدين على الأصل بدون الطلب أو بدون الكفيل جائز ألا ترى انه لو مات الكفيل ماسقط الدين عن الأصل (وان أخر الطالب عن الأصل فهو تأخير عن كفيه وان أخر عن كفيه لا يكون تأخيرا عن الأصل لان التأخير ابراء موقت) لا سقاط المطالبة الى غاية (فيعتبر بالبراء المؤبد) ورد بان هذا اعتبار مع عدم التساوي وهو باطل ألا ترى ان الكفيل لو رد الإبراء المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت ابراء وتسقط عنه المطالبة ولو رد ابراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه أداء ما ضمنه حالا والجواب ان اعتبار شيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا لا يبقى الاعتبار نعم يحتاج الى ذكر فارق عند

من يقول بجواز دين قبول أحدهما الرد دون الآخر وهو ما ذكرناه ان ابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار وأما ابراء الموقت فهو تأخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتأخير قابل للرد (قوله بخلاف ما اذا كفل) يجوز أن يكون جواب تقريره لأن سلم ان التأخير عن الكفيل لا يكون تأخيرا عن الأصل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يكون تأخيرا عن الأصل ووجه ذلك انه ليس بتأخير عن الكفيل بل هو تأخير لا يصل الدين لانه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين لان المطالبة الحاصلة بالكفالة لم تثبت بعد تعين تأخيرها واذا كان تأخير الأصل الدين وهو في ذمة الأصل تأخير عنه وعن الكفيل جميعا (أما ههنا) أي فيما اذا حل بعد الكفالة فاعلم ان تأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين

قال (فإن صالح الكفيل رب المال الخ) مصالحة الكفيل رب المال على أقل من قدر الدين بخمسة على أربعة أوجه هو أن يشترط براءتهم جميعا وبراءة المطلوب خاصة أو براءة الكفيل خاصة أو لم يشترط شيء من ذلك ففي الأول والثاني برئان جميعا وفي الثالث برئ الكفيل عن خمسمائة لا غير والالف بمجالة على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الاصيل ويرجع الكفيل (٤١٣) على الاصيل بما أدى ان كان الاصل والكفالة بأمره وفي الرابع وهو مسئلة الكتاب

قال (فإن صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل) لانه أضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئ جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بأمره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فلهذا يرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال (ومن قال لكفيل ضمن له ما لا قدر برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه)

لانهم ساقروا حكمها قبل التأجيل انه جواز المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف الى ما تقر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة (قوله) فإن صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة ان شرط براءتهم جميعا عن الخمسمائة أو شرط براءة المطلوب برئان جميعا وان شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمسمائة والالف بتمامها على الاصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة ان كان بأمره والطالب بخمسمائة بخلاف ما لو صالحه على خمسمائة على ان يهب له الباقي حيث يرجع الكفيل بألف وان لم يشترط براءة واحد منهما بأن لم يزد على قوله صالحتك عن الالف على خمسمائة وهي مسئلة الكتاب (برئان جميعا) عن خمسمائة (لانه) أي الكفيل (أضاف الصلح الى الالف الدين وهو) أي الدين (على الاصيل) فيبرأ الاصيل (من خمسمائة) ومن ضرورته ان يبرأ الكفيل منها على ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الاصيل بالخمسمائة التي أوفاهها ولا خلاف في هذا (بخلاف ما لو صالح بجنس آخر لانه) أي الصلح بجنس آخر (مبادلة فلهذا) أي الدين (فيرجع بجميع الالف) وعند الأئمة الثلاثة يرجع بالاقول من الدين ومن قيمة السلعة التي صالح بها لانه أوفى هذا القدر ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة لان الخمسمائة لا تجعل عوضا عن الالف لمافيها من الربا ولا يمكن تملكها من الكفيل لان تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن أن تجعل واحدة في ذمة الكفيل تصحيا للصلح مع الكفيل حتى نصير البراءة عن خمسمائة مشروطة بالكفيل كالمو صلح على خلاف الجنس لان وجوبها في ذمة الكفيل عند الحاجة الى التملك وفي خلاف الجنس يحتاج الى التملك وفي الجنس لا يحتاج لمافيها من الربا بل هو اسقاط الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للاصيل فتسقط عنهم ما يرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كان كفلا بأمره (ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل) لان الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها من الكفالة فيبقى حال المطالبة على ما كان قبل الكفالة وجعل في النهاية صورة هذه المسئلة ما في المسوط لو صالحه على مائة على ابراء الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الاصيل بمائة ويرجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة (قوله) ومن قال لكفيل ضمن له ما لا بأمر المكفول عنه (قد برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه) بجميع الدين لان لفظ الى لا انتهاء الغاية والتمكك وهو رب الدين هو المنتهي في هذا التركيب فلا بد ان يكون ثم مبتدأ وليس الا الكفيل المخاطب فأقاد التركيب براءة من المال مبتدؤا ومن الكفيل ومنهاها صاحب الدين وهذا معنى الاقرار من رب الدين وبالقبط من الكفيل كانه قال

فإن قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئان جميعا عن خمسمائة لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فيبرأ الاصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئ جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى لانه أوفى هذا القدر بأمره وان قال صالحتك عما استوجب بالكفالة كان فسخا للكفالة لاسقاط الاصل الدين فيأخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ومصلحته اياه بخلاف الجنس تملك الاصل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الالف واعترض بأنه يلزم تملك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز وأجيب بأنه جعل الدين في ذمة الكفيل لتصير الدنانير بدلا من الدين ويكون تملك الدين من عليه الدين وتكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الاصيل لان

براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما اذا صالح على خمسمائة حيث لا يمكن أن تكون خمسمائة بدلا عن الالف لكونه ربا فيبقى الدين في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة له وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرأ عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفلا بأمره كما ذكرنا قال (ومن قال لكفيل ضمن له ما لا الخ) ذكر ههنا ثلاث مسائل تتعلق بالبراءة احدها ما ذكره ابتداء البراءة من المطلوب وانتهأها الى الطالب والثانية أن يذكر ابتداءها من الطالب والثالثة بالعكس

(قوله ان كان الصلح والكفالة بأمره) أقول لوجوب كون الصلح بأمره تأمل

فالأولى أن يقول لكفيل ضمن له بأمره ما لا قد برئت إلى من المال وفيها يرجع الكفيل على الأصيل لما ذكرنا البراءة التي يكون ابتداءها من المطلوب أي الكفيل وانتهائها إلى الطالب لا تكون إلا بالإبقاء فكان بمنزلة أن يقول دفعت إلى المال أوقبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الأصيل ويرجع الكفيل على الأصيل والثانية أن يقول أبرأتك وفيها لا رجوع للكفيل على الأصيل ولكن لرب الدين أن يطلب ماله من الأصيل لأن ما دل عليه اللفظ براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالإبقاء وانتهائها بالاتفاق والثالثة أن يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رحمه الله هو مثل أن يقول أبرأتك لأنه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالبراءة والثانية أدناها ما ثبتت (قوله ولا يرجع الكفيل بالشك) يجوز أن يكون دليلا آخر وتوجيهه أن يقال يتقن بمحصول البراءة بأي الأمرين كان وشككنا في الرجوع لأن البراءة ان كانت بالاداء يرجع الكفيل وان كانت بالبراءة يرجع فلا يرجع بالشك وقال أبو يوسف هو مثل أن يقول برئت إلى لأنه أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب فإنه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك أغمايكون بفعل يضاف إليه على الخصوص كما إذا قيلت وقعت (٤١٣) مثلاً وهو فيما نحن فيه الإبقاء لأنه يضع

المال بين يدي الطالب ويخلى بينه وبين المال فتقع البراءة وان لم يوجد من الطالب صنع فأما البراءة بالبراءة فما لا يوجد بفعل الكفيل لا تحالة وقيل أبو حنيفة مع أي يوسف رحمه الله في هذه المسئلة وكأن المصنف اختاره فأخره وهو أقرب الاحتمالين فالصريح أولى وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمع

معناه بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداءها من المطلوب وانتهائها إلى الطالب لا تكون إلا بالإبقاء فيكون هذا اقرارا بالاداء ف يرجع (وان قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالإبقاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لأنه يحتمل البراءة بالاداء إليه والبراءة فيثبت الأدنى إذا لم يرجع الكفيل بالشك وقال أبو يوسف رحمه الله هو مثل الأول لأنه أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب والبس الإبقاء دون الإبراء وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمع

دفعت إلى فلا يرجع على واحد منهم ما يرجع الكفيل على الأصيل ان كان كفيل بأمره والحوالة كالكفالة في هذا وهناك ثلاث مسائل أحدها هذه والثانية قال أبرأتك من المال ليس اقرارا بالقبض حتى كان للطالب أن يأخذ الأصيل به والثالثة برئت من المال ولم يقل إلى فهذا اقرارا بالقبض عند أبي يوسف كقوله برئت إلى وعند محمد كقوله أبرأتك انما لا لا أدنى وهو براءة الكفيل أدنى الزائد عليه شك فلا يثبت وفرق محمد بين هذا وبين ما لو كتب في الصك برئ الكفيل من الدراهم التي كفيل بها فإنه اقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت إلى بضمية العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت بالإبقاء وان حصلت بالإبراء لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الأبراء وأبو يوسف يقول هو مثل برئت إلى لأنه اقرار ببراءة ابتداءها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب وحاصله اثبات البراءة منه على الخصوص مثل وقعت وقعت والبراءة الكائنة منه خاصة كالإبقاء بخلاف البراءة بالبراءة فانها لا تحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافة إلى الكفيل ومافاله محمد أغمايتم إذا كان الاحتمالان متساويين واختلف المتأخرون فيما إذا قال المدعي عليه أبرأت المدعي من الدعوى التي يدعي على منهم من قال هو اقرار بالمال كقوله أبرأت من هذا المال الذي ادعاه ومنهم من قال لا يكون اقرارا لان الدعوى تكون بحق وباطل ولو قال الكفيل أنت في حل من المال فهو كقوله أبرأتك لأن لفظة الحل تستعمل في البراءة

والثاني ان حكم المجمع التوقف قبل البيان وهما قد اتفقوا على العمل في الوجه الأول والثاني بالاثبات والنفي فكيف يكون مجمل مع انتفاء لازمه وأجيب بأن قوله برئت إلى وان كان بمنزلة الصريح في حق إبقاء الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن يقال برئت إلى لاني أبرأتك وان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكره في تعليل الوجه الثلاثة استدلالا لصريح في الإبقاء وغير الإبقاء فكان العمل به عند المعز عن العمل بالنص فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحاً في دلالة على المراد وكونه غير صريح في الإبقاء والبراءة الذي سوغ استعمال لفظ المجمع والرجوع إلى بيان الطالب صريحاً ووقت حضوره ليكون العمل به عملاً بدليل لا شبهة فيه وهذا تطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالمجمع المجمع الاصطلاحي وان كان المراد به المجمع اللغوي وهو ما كان فيه إجماع فالحط اذا به هونا

قال المصنف (لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره) أقول الضمير في قوله لأنه راجع إلى ما في ضمن أبرأتك من البراءة المعنى لأن البراءة الحاصلة بأبرأتك براءة لا تنتهي

قال ( ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط الخ ) تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل أن يقول إذا جاء غدا فأت برى من الكفالة لا يجوز لأنهم ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التملك كما في سائر البراءات والتعليق إنما يصح في الاسقاط المحض وردت بالو كفل بالمال والنفس وقال ان وافيتك به غدا فأنا برى من المال فوافاه من الغد فهو برى من المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بوافاه المكفول به وهو المسئلة في الايضاح و يروى أنه يصح لأنهم اسقاط محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح ولهذا لا يرتد الأبراء عن الكفيل بخلاف ابراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز إنما هو اذا كان الشرط شرطاً محضاً لا منفعة للطالب فيه أصلاً كقوله اذا جاء غدا ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فأما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعلق البراءة به صحيح كالمسئلة المنقولة من الايضاح فان الطالب له فيه نفع لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل الأتري ان صاحب الدين اذا قال بخل خمسة مائة على أنى أبرأتك من الباقي كان صحيحاً وان علق البراءة على البعض بتججيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط شرطاً محضاً غير متعامل ورواية ( ٤١٤ ) الجواز على ما يقابله قال ( وكل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا تصح

الكفالة به الخ ) ذكر ضابطاً لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لان إمكان الضرب أو حرق الرقبة ليس بمنتهى الاحتمال لكنه لا يصح شرعاً وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحد والقصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء يعتمد الايجاب عليه وهو متعذر اذا الوجوب عليه اما أن يكون اصاله والقرض خلافاً أو نيابة وهي لا تجرى في العقوبات قالوا لان المقصود هو الزجر وهو بالاقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك وهوان الزجر اما أن يكون

قال ( ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط ) لما فيه من معنى التملك كما في سائر البراءات و يروى أنه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطاً محضاً كالطلاق ولهذا لا يرتد الأبراء عن الكفيل بخلاف ابراء الاصيل قال ( وكل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحقوق والقصاص ) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجرى فيها النيابة قال ( واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز ) لانه دين كسائر الديون كالأبراء دون البراءة بالقبض قالوا في شروح الجامع الصغير هذا اذا كان الطالب غائباً فاما اذا كان حاضراً يرجع اليه في البيان انه قبض أو لم يقبض لان الاصل في الاجال ان يرجع فيه الى المجهل في البيان والمراد من المجهل هنا ما يحتاج الى تأمل ويحتمل المجاز وان كان بعيداً كما يحتمل قوله برئت الى معنى لا أنى أبرأتك لا حقيقة المجهل يعني يرجع اليه اذا كان حاضراً لازالة الاحتمالات خصوصاً ان كان العرف من ذلك اللفظ مشتركاً منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض ومنهم من يقصد الأبراء ( قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط ) أى بالشرط المتعارف مثل ان تجلتى البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة أما غير المتعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فسقط السؤال القائل يشكك بما اذا قال الكفيل بالمال على أنى ان وافيتك به غدا فأنا برى من المال فوافاه برى من المال لان هذا شرط ملائم على انه لا وروده لان الفرض ان فيه روايتين فهذا الفرع شاهد أحدهما ( و يروى أنه يجوز ) وهو أوجه لان المنع لمعنى التملك وذلك يتحقق بالنسبة الى المطلوب أما الكفيل فالمحقق عليه المطالبة ( فكان ) ابرأؤه ( اسقاطاً محضاً كالطلاق ولهذا لا يرتد بالرد من الكفيل بخلاف الاصيل ) لا يصح تعليقه لان فيه معنى تملك المال وقوله ( وكل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا تصح الكفالة به ك ) نفس ( الحدود ) نفس ( القصاص ) اذا لا يقتل

الجاني بأن لا يعود الى مثل ما فعل أو لغيره فان كان الاول فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المتشككين يعودون الى الجناية وان كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامة على النائب هذا في الحدود وما في القصاص فالاول منتف قطعاً لعدم تصوره بعد الموت أصلاً لا محالة والثاني كافي الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالإجماع أولى فانه لم يرو عن أحد من أهله خلاف في جريانها في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكاً في السلمات وهو غير مسموع قال ( واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الخ ) الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بخلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تعميماً لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة ينقسمان بالنسبة الاولى الى ما هو أمانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالبيع والمروهن والى ما هو مضمون بنفسه كالبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها اما أن تكون بذواتها أو بتسليمها

( قوله فان كان الاول ) أقول ويجوز أن يعكس فيثبت بطلان الاول بما ذكره في وجه بطلان الثاني وبالعكس بل هذا أظهر ( قوله فقد لا يحصل المقصود ) أقول تأمل فان عدم الحصول نادر لا يضرنا

فان كان الاول لم تصح الكفالة فيما يكون أمانة أو مضمونا بالغير وتصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فعلى هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بأن يقول الكفيل للمشترى ان هلاك المبيع فعلى بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستأجر لانها أمانة وتجوز في المبيع ببيع فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين مادام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها أعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك أن يجب قيمتها عند الهلاك ولم يجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر ومنع الشافعي رحمه الله الكفالة بالأعيان مطلقا بناء على أصله ان موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة فكان محلها الديون دون الأعيان وان شرط صحتها اقدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك بتصور في الديون دون الأعيان وقتلنا بناء على أصلنا ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي أن يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لا تحالة والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين والقيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانقسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن (٤١٥) صار مستوفيا لدينه ولا يلزمه

مطالبته فلا تتصور الكفالة وان كان الثاني أعني الكفالة بتسليم الأعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالبيع اذا كفّل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفّل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين جاز ذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى قضى الدين ولعل مجملها اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لا يضمن الثمن وان هلك

(وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالأعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالبيع ببيع فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالبيع والمرهون ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفّل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن أو بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز

الكفيل بدلا عن المكفول عنه ولا يضرب وتقدم (قوله وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح عندنا خلافا للشافعي) اعلم أن الأعيان اما مضمونة على الاصيل أو غير مضمونة بغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستأجر في يد المستأجر والمضمونة اما مضمونة بغيرها كالبيع قبل القبض فانه مضمون بالثمن والرهن فانه مضمون بالدين فالثلاثة الاول لا تصح الكفالة بها أصلا بناء على انها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شيء وقالوا رد الوديعة غير واجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها بخلاف العارية فان تسليمها واجب فصم الكفيل بتسليمها وصكذ الباقي من القسمين يصح بالتسليم ولا تصح الكفالة بها على معنى انه بعينه يجب على الكفيل فان هلك فعليه بدله لان هذا القدر لا يجب على الاصيل بل لو هلك المبيع انما يسقط الثمن أو الرهن سقط من الدين بقدره والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا ومتى هلك فلا شيء على الكفيل وفائدة حيث ذكرنا ان اضرار العين وتسليمها ولو عجز بأن مات العبد المبيع أو الرهن أو المستأجر انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء وما ذكره من الأئمة السرخسي ان الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا في المبسوط ونص القدوري انها بتسليم المبيع جائزة ونص في التحفة على جميع ما أوردناه ان الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه

الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان بمقدار الدين أو زائدا عليه والزيادة عليه من ماله كان أمانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان أمانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا تجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمتأجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل تسليمه الى المستأجر كن استأجر دابة وعمل الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صححت الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها مادامت حية فان هلك فليس على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفله وترك المصنف رحمه الله ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوازها وأئمة تابع شمس الأئمة السرخسي في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة قيل وهذا ليس بصواب فقد نص محمد رحمه الله في الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر لان شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية أقوى من ذلك فاخترها

(قوله ولم يجب قيمته عند الهلاك) أقول الموصول عبارة عن الأعيان المضمونة (قوله فان الواجب فيها عدم المنع الخ) أقول هو أيضا بعد تسليمنا فينبغي أن تجوز الكفالة به على ما ذكره بعض مشايخنا (قوله قيل وهذا ليس بصواب) أقول القائل هو الكافي

(قوله لانه التزم فعلا واجبا) دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلناه (قوله ومن استأجر دابة للحمّل) اعلم ان من استأجر دابة (١٦٤ ع) معينة للحمّل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم آنفا وان استأجر غير معينة للحمّل فكفل

لانه التزم فعلا واجبا قال (ومن استأجر دابة للحمّل عليها فان كانت بعينها لا تصح الكفالة بالجل) لانه عاجز عنه (وان كانت بغير عينها حازت الكفالة) لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والجل هو المستحق (وكذا من استأجر عبد الخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل) لما ينشأ

عندي أن لا فرق بين الثلاثة الاول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الامانات اذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التخلية بينه وبينها لاردها اليه فنقول فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو ان يحصلها ويخلى بينه وبينها بعد احضاره اليها ونحن نعني بوجوب رد ما هو اعم من هذا ومن حمل المردود اليه قال في الذخيرة الكفالة يتمكين المودع من الاخذ صحيحة وأما مضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع به عا فاسد والمقبوض على سوم الشراء فتصح الكفالة بها ويجب على الكفيل ما يجب على الاصيل وهو دفع العين فان عجز وجب قيمته أو مثله على الكفيل وفي المبسوط ادعى عبدني في يد رجل فلم يقدمه الى القاضي وأخذ منه كفيل بنفسه وبالعبد فحاز العبد في يد المطلوب وأقام المدعي البيعة ان العبد عبده بقضى القاضي بغيره على المطلوب وان شاء على الكفيل لان بالبيعة ظهر أن العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل أداء القيمة عند تعذر العين كما ان الواجب على الاصيل كذلك والقول قول الكفيل في قيمته لانه كاره الزيادة كالاصيل أعنى الغاصب فان أقر الغاصب بأكثر لزمه الفضل ولا يصدق على الكفيل وفي المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن ليس على الكفيل شيء لان عين الرهن والزينة على مقدار الدين من الرهن أمانة في يد المرتهن ولا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعائة والدين ألف مثلا ضمن الكفيل مائة لانه التزم بالكفالة ديناً مضموناً في ذمة الاصيل ولو استعار الرهن المرهون من المرتهن على أن أعطاه كفيلاً به فهلك عند الرهن لم يلزم الكفيل شيء لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا ولو كان الرهن أخذ به بغير رضا المرتهن حاز ضمان الكفيل وأخذ به لان الرهن ضامن مالبة العين هنا ألا ترى انه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولفظ المستأجر في كلام المصنف بالفتح في الموضوعين وقد مرنا أنه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستأجر بعد الكفالة بتسليمه لا شيء على الكفيل ففي المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجوبه وفي المستأجر لان الاجارة تنفسح به وخرج الاصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وانما وجب رد الاجرة والكفيل ما كفل الاجرة (قوله ومن استأجر دابة للحمّل فان كانت بعينها) أي أجره أن يحمله على هذه الدابة (لا تصح الكفالة لانه عاجز عن الفعل) الواجب على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا ملك له في هذه الدابة ليحمّل عليها (وان كانت بغير عينها حازت لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه) أو على دابة يستأجرها (والجل هو المستحق) وهو مقدور للكفيل فصحت كفالته به (ووزانه من استأجر عبد الخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما ينشأ) من انه عاجز عنه اذ لا ملك للعبد أمالو كفل بنفس العبد المستأجر فهو صحيح على ما عرف ولو هلك لاشئ على الكفيل وقال شارح في الفرق بين الجل على العين وغير المعين بأن الدابة اذا كانت بعينها فالواجب على المؤجر تسليم الدابة لا الجل فالكفالة بالجل كفالته بما لم يجب على الاصيل فلا تصح بخلاف ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الجل ويمكن استيفاء ومن الكفيل فصحت الكفالة انتهى واعترض الاصحاب بأن الواجب ان كان ليس الاتسليم الدابة المعينة بسبب أن تحمّلها الذي هو فعله غير معقود عليه وانما المعقود عليه جل الدابة فكذلك اجارة جلها على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم أي

رجل بالجل فكذلك لان المستحق هو الجل وهو قادر عليه بالجل على دابة نفسه وان استأجرها معينة للحمّل فكفل بالجل لم يصح قال المصنف (لانه) أي الكفيل (عاجز عنه) أي عن الجل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والجل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملكا للغير لو منع صحته لما صححت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وما ذكر في الايضاح جوابا للشافعي رحمه الله وهو قوله تسليم ما التزمه متصور في الاعيان المضمونة في الجملة فصحت التزامه لان ما يلزمه بعنده يعتبر فيه التصور غير دافع لان تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب صحته فيما نحن فيه أيضا (وكذا اذا استأجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم تصح لما ينشأ) أنه عاجز عما كفل به

(قوله وما ذكر في الايضاح) أقول قوله وما ذكر مبتدأ أخبره يحيى بعد سطرين وهو قوله غير دافع

الخ (قوله لأن تسليم ما التزمه متصور في الجملة الخ) أقول لعل المراد من قوله متصور في الجملة أن التسليم متصورا ما باعتبار عينه أو باعتبار قيمته ولا يستقيم ذلك في الجل على دابة معينة فليست أملا

قال ( ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس الخ ) لاتصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وهو قول أبي يوسف وأولوا وقال آخر يجوز اذا أجاز حرسين بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قبل أي نسخ كفالة المسوط وفيه تنويه بأن نسخ كفالة المسوط لم تعدد وانما هي نسخة واحدة فالوجود في بعض هادون بعض يدل على تركه في بعض أو زبادته في آخر وذ كرفي الايضاح وقال أبو يوسف يجوز ثم قال وذ كرفوله في الاصل في موضعين فشرط الاجازة في أحدهما دون الآخر وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا لأبي يوسف رجه الله في وجه الرواية التي لم تشترط الاجازة فيها أنه تصرف (٤١٧) التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك

يستتبعه الالتزام كالإقرار والنذر فهذا يستتبعه الالتزام ومنع كونه التزاما فقط وبأن الإقرار أخبار عن واجب سابق والأخبار يتم بالخبر والنذر من العبادات ومن له العبادات لا يشترط قبوله لعدم العلم به وله في وجه رواية التوقف على الاجازة ما ذكرنا في الفصول في النكاح وهو أن يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيتم توقف على ما وراء المجلس لأنه لا ضرر في هذا التوقف على أحد ومنع عدم الضرر بجواز رفع الأمر إلى قاض يرى براءة الأصل عن حق الطالب كما هو مذهب بعض العلماء في أن الكفالة اذا صحت برئ الأصل وفي ذلك ضرر على الطالب ولهم ما أن في عقد الكفالة معنى التملك لأن فيه تملك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الإيجاب الا بقبول

قال ( ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس ) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وقال أبو يوسف رجه الله آخر يجوز اذا بلغه فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا لأنه لا تصرف الالتزام فيستتبعه الالتزام وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفصول في النكاح ولهما أن فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شرطه فلا يتوقف على ما وراء المجلس (الافى مسألة واحدة) دابة كانت اذا لا يجب تحميله الذي هو فعله لأنه لم يستأجر الرجل نفسه فلا فرق فينبغي أن لا يجوز الكفالة فيه أيضا لأن الحمل أيضا غير واجب على الأصل بعين ما في التي قبلها والحاصل أنه ان كان الحمل على الدابة تسليمها فينبغي أن تصح الكفالة فيها لأن الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة ولم يمنع منه كون المستأجر ملكا لغير الكفيل وان كان التحميل ينبغي أن لا تصح فيها لأن التحميل غير واجب على الأصل والحق أن الواجب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والأذن في تحميلها وهو ما ذكر في النهاية من التركيب وما ذكرنا من الحمل عليها في معينة لا بقدر على الأذن في تحميلها اذ ليست له ولاية عليها ليصح اذنه الذي هو معنى الحمل وفي غير معينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها (قوله) ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وقال أبو يوسف يجوز اذا بلغه الخبر فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ) أي نسخ كفالة الأصل عن أبي يوسف (الاجازة) بل أنه نافذ ان كان المكفول له غائبا وهو الاظهر عنه والحاصل أن عنه رايتين (والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا) وجه رواية النفاذ (أنه التزام فيستتبعه الالتزام) ولا يتعدى له ضرر في المكفول له لأن حكمه لا يوجب عليه شيئا لأنه مختار في المطالبة لا ملزوم فان رأى مطالبته طالبه والا وأحال المصنف وجه التوقف على ما ذكره في الفصول في النكاح وهو أن شرط العقد يتوقف حتى اذا عقد فصول لا امرأة على آخر توقف على الاجازة كما اذا كان عقدا تاما بأن خاطب عنه فصول آخر وعندهما لا يتوقف الا ان خاطبه فصول آخر فلا يتوقف عندهما الا العقد التام (ولهما أن فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود) من الموجب وحده (شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس) وهذا يقتضي أنه لو تم عقد بقبول فصول آخر توقف وقد صرح بذلك عندهما قالوا اذا قبل عنه قابل توقف بالاجماع وحينئذ قوله في وضع المسئلة لاتصح الا بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح بل الشرط ان يقبل في المجلس ان كان حاضرا فتنفذ أو يقبل عنه فصول آخر ان كان غائبا فتوقف الى اجازته أوردته وقوله (الافى مسألة واحدة) استثناء من قوله لاتصح الا بقبول المكفول له في المجلس فان هذه

( ٥٣ - فتح القدير خامس ) والموجود شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى هذا الوقف عن الطالب فصول يتوقف على اجازته لوجود شرطه قال (الافى مسألة واحدة الخ) استثناء من قوله لاتصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكانت قال لا يصح ذلك عندهما الا في مسألة واحدة استثنانا

(قوله لان نسخ كفالة المسوط لم تعدد) أقول أي من محمد فلا يرشئ تأمل (قوله فالوجود في بعضها الخ) أقول فيه بحث (قوله) في بعض مواضع نسخ المسوط) أقول فينبغي أن يطرح لفظ النسخ من البين والأمر حين (قوله ومنع كونه التزاما فقط) أقول مستندا بأنه عقد تبرع كالهبة والصدقة فلا بد من القبول (قوله وبأن الإقرار الخ) أقول في العطف تأمل

والقياس عدمها الماهر أن الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان إلا بقبوله ولأن الصحيح لو قال ذلك لورثته أو لاجنبى لم يصح فكذا المريض والاستحسان وجهان أحدهما أن يقال إذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما على من الدين فكأنه قال أو ف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وإن لم يسم المكفول لهم وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ إنما يصح هذه الكفالة إذا كان له مال عند الموت تصح المعنى الوصية وإذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطاً قبل في كلام المصنف تسامح لأنه في معنى الوصية لأنه وصية من كل وجه لأنه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لأنه قال (٤١٨) لأن ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما

أدال لفظ بظاهره على معنى وإذا نظر في معناه يؤل إلى معنى آخر وحينئذ لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة والثاني أن يقال إن المريض قائم مقام الطالب لحاجته إليه أي إلى قيامه بمقامه لوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كأن الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عني أبدي فان قيل قيامه مقام الطالب وحضوره بنفسه ليس محل النزاع وإنما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط وهنا أجاب المصنف بقوله (وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق) أي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساومة نظراً إلى ظاهر حالته التي هو

وهي أن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما على من الدين فكفيل به مع غيبة الغرماء جاز) لأن ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال أو يقال أنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغاً لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبى اختلف المشايخ فيه

المسألة صححت من غير قبول في المجلس ولا قبول فضولي عنه (وهي أن يقول المريض) المدينون (لوارثه) تكفل عني بما على من الدين فكفيل عنه (بمع غيبة الغرماء) فإنه يصح استحساناً فللغرماء مطالبته وذكر للاستحسان وجهين أحدهما أن قوله تكفل عني وصية أي فيه معنى الوصية إذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفتقر الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط أن ذلك لا يصح منه في حال الصحة وإذا كان معنى الوصية فكأنه إنما قال لهم اقضوا ديني فقالوا نعم إذا قالوا تكفلنا بها فلذا قال المشايخ إنما يتم ذلك إذا كان له مال فإن لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بدونه ولو كان حقيقة الكفالة لا تؤخذوا بها حيث تكفلوا بأنهم ما زاد كفي المبسوط والإيضاح أن حق الغرماء يتعلق بتركه في مرض موته لا بذمته لضعفها بمرض الموت ولذا امتنع قصره في ماله كيف شاء واختار فنزل نائباً عن الغرماء المكفول لهم عام لئلا يلزم في ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته وفيه نفع للطالب المكفول له كما إذا حضر بنفسه فان قيل غاية الأمر أن يكون كالطالب حضر بنفسه فلا بد من قبوله فان الصادر منه حينئذ قوله تكفل ولو قال تكفل لي بما على فلان فقال كفلت لا يتم إلا أن يقول بعد ذلك قبلت أو نحوه كالبيع إذا قال بعني بكذا فقال بعث لا ينعقد حتى يقول لا أمر قبلت أجاب المصنف بقوله (إنما لا يشترط القبول) بعد قول الوارث تكفلت (لأنه) أي لأن قوله تكفلت (لا يراد به المساومة) وإنما احتج في البيع كذلك لأنه يراد به المساومة وهنا لا يراد به إلا التحقيق بدلالة هذه الحالة فان حالة الموت ظاهرة في الدلالة على قصد التحقيق الكفالة لتخليص نفسه لا على المساومة بها (فصار) الأمر هنا (كالامر بالنكاح) فيما لو قال زوجي بنتك فقال زوجتكها انعقد وإن لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا تجرى فيه المساومة (ولو قال المريض ذلك لاجنبى) فضمن (اختلاف المشايخ) منهم من قال لا يجوز لأن الاجنبى غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض في حق الاجنبى والصحيح سواء ولو قال ذلك لاجنبى أو لوارثه لا يصح إلا أن يقبل الطالب ومنهم من قال يصح من الاجنبى وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته لتضييق الحال عليه كذا كرنا في الوارث وهو أوجه وما في المبسوط

عليها فصار كالامر بالنكاح كقول الرجل لامرأته زوجيني نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قولهما من زوجت وقبلت وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستحسان وعمله بالامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز أن يكونا مسليكين في هذه المسئلة قال (ولو قال المريض ذلك لاجنبى اختلف المشايخ الخ) إذا قال المريض لاجنبى تكفل عني بما على من الدين ففعل الاجنبى ذلك اختلف المشايخ

(قوله وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة) أقول الظاهر أن مراده بذلك أنه لا يشترط صريح القبول بعدما كفل الوارث بل يكفي أمره قبل ذلك بقوله تكفل عني ولا أدري كيف يذهب إلى ما ذكره وفيه تفكيك النظم وعدم ممارسته في الكلام على ما لا يخفى

فمنهم من لم يصح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لافي الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقهما سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذلك المريض ومنهم من صحه لان المريض قصديه النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بأمره يرجع في تركه فيصح هـ. ذامن المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتضييق الحال عليه عرض الموت كما تقدم ومثله ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس أو على انه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الاستحسان ولهذا جاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المرض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها قال (واذا مات الرجل وعليه ديون الخ) اذا مات المدينون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه دينه انسان وارثا كان أو اجنبيا لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهي صحه وهو قول الاثني عشرية لانه ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هـ. ذاشأنها هي صحه بالاتفاق فهذه صحه واتفاقنا كفل بدين صحيح ثابت لأن كونه ديناً صحيحاً هو المفروض وثبوته أماناً يكون بالنسبة إلى الدنيا أو الآخرة لا كلام في ثبوته وبقائه في حق أحكام الآخرة وأما في حق أحكام الدنيا فهو ثابت أيضاً لانه وجب (١٩٤) الحق الطالب بلا خلاف وما وجب لا ينتفي الا ببراءة من له الحق أو بأداء

قال (واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا تصح) لانه كفل بدين ثابت لانه وجب الحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة ولو تبرع بدانسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل أو مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفـعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب

من قوله وهذا من المريض صحيح وان لم يبين الدين ولا صاحب الدين فانه انما يصح بطريق الوصية لو رثته بأن يقضوا دينه والجهالة لا تمنع صحة الوصية مبنية على غير الوجه الارجح وهو انها كفالة ولا حاجة الى ذلك بل هي كفالة وجهالة المكفول به وهو الدين لا تضر في الكفالة وقد فرض ان المريض قائم مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولاً ولا حكمه بهذا الاعتبار (قوله واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً) بل مات مفلساً (فكفل رجل للغرماء بما عليه لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد) والاثني عشرية وأكثراهل العلم (تصح لانه كفل بدين ثابت) عموم قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وما روى أنه صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة أنصاري فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أوديناران فقال صلوا على صاحبكم فقام أبو قتادة وقال هما على فصلى صلى الله عليه وسلم عليه فولم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة ولانه كفل بدين ثابت (لانه) أي الدين (ووجب) في حياته (الحق الطالب) وهو باق (ولم يوجد المسقط) وهو الاداء والابراء وانفساخ سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك وبديل على بقائه كونه يطالب به في الآخرة (و) أنه (لو تبرع به انسان جاز) أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه وأنه لو كان به كفيل قبل موته بقيت الكفالة ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الاصيل (ولا يـ صحه رحمه الله أنه كفل بدين ساقط) في حكم الدنيا لا مطلقاً والكفالة من أحكام الدنيا لا تنقضي لآخذها فيها لافي الآخرة فلا يتصور لها وجود بدين كذلك (لان الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب)

من قوله وهذا من المريض صحيح وان لم يبين الدين ولا صاحب الدين فانه انما يصح بطريق الوصية لو رثته بأن يقضوا دينه والجهالة لا تمنع صحة الوصية مبنية على غير الوجه الارجح وهو انها كفالة ولا حاجة الى ذلك بل هي كفالة وجهالة المكفول به وهو الدين لا تضر في الكفالة وقد فرض ان المريض قائم مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولاً ولا حكمه بهذا الاعتبار (قوله واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً) بل مات مفلساً (فكفل رجل للغرماء بما عليه لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد) والاثني عشرية وأكثراهل العلم (تصح لانه كفل بدين ثابت) عموم قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وما روى أنه صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة أنصاري فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أوديناران فقال صلوا على صاحبكم فقام أبو قتادة وقال هما على فصلى صلى الله عليه وسلم عليه فولم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة ولانه كفل بدين ثابت (لانه) أي الدين (ووجب) في حياته (الحق الطالب) وهو باق (ولم يوجد المسقط) وهو الاداء والابراء وانفساخ سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك وبديل على بقائه كونه يطالب به في الآخرة (و) أنه (لو تبرع به انسان جاز) أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه وأنه لو كان به كفيل قبل موته بقيت الكفالة ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الاصيل (ولا يـ صحه رحمه الله أنه كفل بدين ساقط) في حكم الدنيا لا مطلقاً والكفالة من أحكام الدنيا لا تنقضي لآخذها فيها لافي الآخرة فلا يتصور لها وجود بدين كذلك (لان الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب)

العقبة لانه الثمن ولم يبتل ههنا علم ان الدين باق عليه في أحكام الدنيا ولا يـ حنيفة رحمه الله ان الدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضي القدرة والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلفه وقد انتفت بانتفاء ما فانتفي الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود الفائدة الحاصلة منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب

(قوله فمنهم من لم يصح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لافي الحياة ولا بعد موته الخ) أقول بخلاف الوارث اذا كان فانه مطالب بعد موت المكفول عنه لانتقال ما عليه اليه وتعلق حق الطالب بتركه الحاصل أن الوارث اذا كان مطالباً بقضاء دين المورث باعتبار تعلق الدين بتركه وكون الوارث أقرب الناس اليه حتى خلفه في ماله الفاضل عن حاجته فبالتزامه الدين أولى أن يطالب به وأمكن حينئذ ترتب موجب الكفالة بخلاف الاجنبي لانه لا يطالب بدينه بدون الالتزام أصلاً فالحق يتحقق حقيقة شرائط صحة الكفالة لا تصح فافتراقاً ولقائل أن يقول اذا كان الوارث مطالباً بدينه في الجلة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه فكان ينبغي أن لا يجوز كفالته فاذا جاز كفالة الوجهين المذكورين في الكتاب فكفالة الاجنبي وهي سالم من هذا المانع أولى أن تصح فتأمل (قوله والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلفه الخ) أقول فيه شيء

يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال فان قلت لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي أهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن للأمر به وان قلت فقد يقال المال واجب أوجب المصنف بقوله (لكنه) أي الدين (في الحكم مال) لان تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس الا بتبليط طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يؤل اليه في المال فكان وصفا مجازيا فان قلت المجزئ بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقر بدين فانها تصح وان تعذر المطالبة في حالة الرق قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعف بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم تنق أهلا للوجوب عليها وهذا التقرير كما ترى يشير الى أن المصنف ذكر دليل أي حنيقة بطريق المعارضة ولو أخرجه الى سبيل الممانعة بأن يقول لان تسليم ان الدين ثابت بل هو ساقط وسيد ذكر السند بقوله فان الدين (٤٣٠) هو الفعل كان أحقق في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه

لهذه النكتة واستغن عن اعادتها فيما هو نظيره فيما سيأتي (قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين) جواب عما قالوا ولو تبرع به انسان صح يعني ان التبرع لا يعتمد قيام الدين فان من قال فلان على ألف درهم وأنا كفيل به صححت الكفالة وعليه أدائه وان لم يوجد الدين أصلا ولان بطلان الدين انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قام به عن الحلية واذا كان باقيا في حق المستحق حل له أن يأخذ بدينه ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفسلا بقائه في حق البائع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملك قد يبطل في حق المشتري فلذلك انتقض العقد

لكنه في الحكم مال لانه يؤل اليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل أوله مال فخلفه أو الافضاء الى الاداء باق والموصوف بالاحكام الافعال (وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه) وهو الكفيل الكائن قبل سقوطه فسقط في أحكام الدنيا ضرورة (والتبرع لا يعتمد قيام الدين) ولو كان بقيده الاضافة أي التبرع بالدين وهو الحق فانما يعتمد قيامه بالنسبة الى من عليه دون من له والكفالة نسبة بين كل من الممكنة قول والاصيل لانه التزام ماعلى الاصيل للمكفول له ولو كان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته بخلاف الكفالة بعدم موته فانها كفالة بعد السقوط (ولو كان له مال فالافضاء الى الاداء باق) فلم يسقط الدين فصحت كفالته عن الميت الملىء وأما حديث أبي قتادة فليس فيه صريح انشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما على كلاً من انشأهما والاخبار بهما على حد سواء ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع ويحتمل الوجود بها وان كان مرجوحا وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه ليظهر طريق ابغائهما لا بقيد طريق الكفالة فلما ظهر بوعدها أو بالافرار بالكفالة بهما حصل المقصود فوصلى عليه وفوق اثبات سقوط الدين بمسائل أحدها لو مات المشتري مفسلا قبل أدائه الثمن لا يبطل البيع ولو سقط الثمن بطل ولو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع به لالك الثمن في نفسه فعلم أن سقوط الدين بالنسبة الى الدنيا لا يبطل الدين ثانياً لأنه لو كان بالدين كفيل بقي حاله اذا مات مفسلا ولو سقط في أحكام الدنيا لم تنق الكفالة ثانياً لو كان بالدين رهن بقي الدين عليه بعدم موته مفسلا وبقاء الرهن انما يكون ببقاء الدين ولان تعذر المطالبة لمعنى لا يوجب بطلان الدين في حال الحياة كالعبد المحجور اذا أقر بدين فكفل عنه به كفيل صح وان كان لا يطالب به في حال رقه فكذلك في حال الموت أوجب عن الاول بأن الدين لا يبطل بموته في حق المستحق حتى جاز أن يأخذه من التبرع والكفالة تعتمد قيام الدين في حق الاصيل كما ذكرنا وقد سقط به هذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيقدر بقدر الضرورة وعن الثاني بأن كساد الفلوس يبطل الملك في حق المشتري فلذلك انتقض العقد وهنا الدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وعن الثالث بأن ذمة الكفيل السابق كفالته خلف عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن وأما العبد فله ذمة صالحة فتصح الكفالة وتناخر المطالبة

العقد (قوله واذا كان به كفيل) جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل أوله مال وبيانه ان القدرة شرط لحق الفعل اما بنفس القادر أو بخلفه واذا كان به كفيل أوله مال فان اتقى القادر فخلفه وهو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين باق (قوله أو الافضاء) على ما هو السماع وعليه أكثر الشيخ تنزل وكأنه قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالافضاء (الى الاداء) بوجودهما (باق) بخلاف ما اذا عدا ما يجوز أن يكون في الكلام لف ونشروا تقديره فخلفه وهو الوكيل أو الافضاء الى ما يقضى الى الاداء وهو المال باق

(قوله فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير الخ) أقول من انه صفة اضافية اعتبارية لا معنى قائم بالذات وصفت الذات بها على الحقيقة حتى يلزم ما ذكرتم هذا ما ذكره في التقرير قبيل باب صفة الحسن للأمر به فني كلامه مساهلة (قوله ولو أخرجه الى سبيل الممانعة الخ) أقول أنت خير بأن منع المقدسة التي أقيم الدليل عليها خارج عن الآداب وفيما نحن بصدده كذلك فان قوله وجب لحق الطالب الخ اشارة الى دليل الثبوت فليأمل (قوله وسيد ذكر السند بقوله الخ) أقول ذلك القول دليل السند كما لا يخفى

وعلى هذا يشترط في القدرة ما نفس القادر وأخلفه أو ما يقضى الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذا الافضاء على وجه التعليل لقوله فخلفه  
وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كافي قوله

نحن بما عندنا وأنت بما \* عندك راض والرأي مختلف

وبمعناه كل واحد من الكفيل والمالك خلف للميت لان رجاء الاداء منهم باق فان الخلف ما به يحصل كفاية أمر الاصل عند عدمه وهما  
كذلك فكانا خلفين وفيه ما ترى من التكافؤ مع الغنية عنه بالاولى فان قيل ان استدلال الخصم باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم  
فانه لا يفصل بين الحي والميت وباروى أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة أنصاري ليصلي عليه فقال عليه الصلاة والسلام فهل على  
صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أوديناران فامتنع من الصلاة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام على أو أوقفنا دة رضى الله عنه سما على  
اختلاف الروايتين وقال هما على يا رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه وسلم عليه ولولم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه  
بعدها كما امتنع قبلها فماذا يكون جواب أبي حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام  
في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم أو لا وما حديث الانصاري فانه يحتمل أن يكون ذلك من على أو أوى قتادة اقرارا بكفالة سابقة  
فان لفظ الاقرار والانشاء فيهما سواء ولا عموم لحكاية الحال ويحتمل أن يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول بجواز بدله ما روى أنه  
عليه الصلاة والسلام كان يقول لعلي ما فعل الديار ان حتى قال يوما قضيتهما فقال الآن (٤٣١) بردت عليه جلدة ولم يجبره على الاداء

ولو كان كفالة لأجبره على ذلك والحق ان من قال بأن الكفالة ضم ذمة الى ذمة لزمه القول بمطالان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضمن اليه وما حمله من تساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاء الالف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها) لانه يتعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عمل زكاته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض أمانة في يده

عن الميت المفلس لعدم ما يضمن اليه وما حمله من تساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة والله أعلم قال (ومن كفل عن رجل بألف الخ) رجل كفل عن رجل بـألف عليه فقضى الاصل الكفيل الالف قبل أن يعطى الكفيل الالف صاحب المال فلا يتحول ما ان يكون

لحق المولى كما أن الدين ثابت في ذمة المفلس الحي وان كان لا يطالب به (قوله ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاء) أي قضى الرجل المكفول عنه الكفيل (الالف) التي كفل بها (قبل أن يعطيه) أي قبل أن يعطى الكفيل الالف (صاحب المال) وذ كرضي يعطيه على تأويل المال أو المكفول به اللازم من قوله كفل عن رجل وصاحب المال مفعول أول ليعطى والمفعول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه (فليس له) أي ليس للرجل المكفول عنه (أن يرجع فيها) وهو وجهه للساعي وفي وجه آخر له أن يرجع وهو قول مالك وأجد بناء على أنه أمانة عنده ما لم يقض الاصيل ونحن نبين أنه عليه وان الأمانة ما اذا كان دفعه الى الكفيل على وجه الرسالة الى الطالب ولولم يملكه فقد يتعلق به حقه وهذا الوجه الاول من الوجهين الاخيرين ذكرهما المصنف (لانه يتعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال) الحاقا بالزكاة المجهولة للساعي يتعلق به حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل فلم يجوز استرداده شرعا ما بقي هذا الاحتمال (و الوجه الثاني) أنه أي القابض (ملكه بالقبض على ما نذكر) يريد ما ذكره بعد سطر في تعليل طيب

قضاء على وجه الاقتضاء بان دفع المال اليه وقال اني لا آمن من أن يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل أن تؤدي فقبطه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها أي في الالف المدفوع وأنشأ باعتبار الدراهم لانه يتعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فإلم يبطل هذا الاحتمال بأداء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه مادام باقيا لا يكون سعياني نقض ما أوجبه وهذا كن عمل الزكاة ودفعها الى الساعي لانه ليس له أن يستردها لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة بعد الحول فإدام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما نذكر وهو ان كان الثاني فليس له أن يسترده أيضا لانه يتعلق بالمؤدى حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لانه تمحض في يده أمانة

(قوله فالجواب أن قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم الخ) أقول لو صح هذا لم يتم استدلال الحنفية على صحة الكفالة بالنفس بهذا الحديث فليتأمل (قوله ولو كان كفالة لأجبره على ذلك) أقول في الملازمة كلام فان الاجبار موقوف على طلب الدائن حقه (قوله والحق الى قوله لعدم ما يضمن اليه) أقول اعلمهم يقولون بضعف الذمة بالموت كما ذكر في كتب الاصول لانها تخرب قال المصنف (فليس له أن يرجع فيها) أقول الضمير المؤنث في فيها راجع الى الالف على تأويل الدراهم (قوله لأن الدفع اذا كان لغرض لا يجوز) أقول قال الاتقاني وهذا الدفع لغرض وهو أن يصير المدفوع حقا للقابض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل انتهى وفيه شيء

فان تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء وبيع فيه فالربح له لا يجب عليه التصديق به لانه ملكه حين قبضه والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة وانما قلنا انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين امان يحصل من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول فظاهر لانه قبض ما وجب له فملكه من حين قبضه كمن قبض الدين المؤجل مجزأ وان كان الثاني فلا نه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على المكفول عنه اسكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تأخير المطالبة بما وجب له على المكفول عنه الى ما بعد الاداء ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهناً بذ المال صح عتله ما لو اخذ رهناً بدين مؤجل ولو أبرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهبه منه يجوز حتى لو اداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره الامام فاضيل والامام المحبوبي وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهراً والمساائل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحاح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا ان مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل آخرت الى وقت الاداء فنزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل ولهذا أي لكونه نازلاً بمنزلة لو أبرأ الكفيل (٤٣٢) المطلوب قبل أدائه صح وكذا اذا اخذ رهناً او وهبه منه والى هذا ذهب

بعض الشارحين وجعل ضمير عليه للمكفول عنه ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله أي الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التمعل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وقسمه ما قبض بمجرد ماله من المطالبة من ان المطالبة لا تستلزم الملاك كالوكيل بالخصومة أو القبض فان له المطالبة ولا عمل ما قبض ولعل الصواب أن يكون توجيهه

(وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به) لانه ملكه حين قبضه أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه آخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح فكذا اذا قبضه عليه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع المالك فيما لا يتعين

الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله (لانه ملكه حين قبضه) أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا الوقضي المطلوب بنفسه) الدين ولم يقض الكفيل (وثبت) للمطالوب (الاسترداد) بما دفع للكفيل وانما حكمنا بنسبته لملكه اذا قضى الاصيل بنفسه (لانه) أي الكفيل (وجب له) بمجرد الكفالة (على الاصيل مثل ما وجب للطالب) على الكفيل وهو المطالبة (الا) أي لكن (آخرت المطالبة الكفيل الى أدائه فنزل) مالا للكفيل على الاصيل (بمنزلة الدين المؤجل) ولو عمل المدينون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه فكذا هذا (ولهذا) أي والدليل أن للكفيل حق المطالبة متأخر أنه (لو أبرأ الكفيل الاصيل قبل أدائه) أي قبل اداء الكفيل (يصح) حتى لا يرجع على الاصيل بعد ذلك اذا أدى وجاز اخذ الكفيل من الاصيل رهناً قبل أدائه (فكذا اذا قبضه عليه) يعني اذا كان بحيث يصح الإبراء منه كان بحيث يملكه اذا قبضه وانما ملكه كان الربح له (الا) أي لكن استثناء منقطع (فيه نوع خبث) على قول أبي حنيفة (نبينه) عن قريب (فلا يعمل مع المالك فيما لا يتعين) وهو الالف التي قضاء اياها لان

الدرهم

كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب

للتطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وحينئذ لا منافاة بين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة وأما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين ومطالبة حالي للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا ان المطالبة متأخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلاً ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فما معنى قوله فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلنا معناه فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه معجلاً ملكه فكذا هنا هذا ما سنخلى والله أعلم بالصواب الا ان فيه أي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب أبي حنيفة بينه في مسألة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع المالك فيما لا يتعين

(قوله والربح الحاصل من ملكه طيب له) أقول اذا لم يكن مانع كما في مسألة الكر (قوله ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله الخ) أقول كما في شرح الاتفاقية

وقد قررناه في البيوع في آخر فصل أحكام البيع الفاسد وأما إذا قضاه الكفيل فلا خيب فيه أصلا في قولهم جميعا وإذا قبضه على وجه الرسالة فالرجح لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رجهما والله لا نرجع من أصل خيب وفي قول أبي يوسف يطيب لان الخراج بالضمان أصلا المدوع إذا تصرف في الوديعة ورجع فانه على الاختلاف قال (ولو كانت الكفالة بكر حنطة الخ) ما مر كان في حكم الرجح فيما لا يتعين أما إذا كانت الكفالة فيما يتعين ككر من حنطة قضاه الكفيل من الاصيل قبل أن يؤدي إلى الطالب وتصرف فيه أو رجح فالرجح له في القضاء لما بيناه من ملكة قال أبو حنيفة وأحب إلى أن يرد على الذي قضاه يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن أبي حنيفة رجه الله وفي رواية كتاب البيوع عنه الرجح له لا يتصدق به ولا يرد على الاصيل وبه أخذ أبو يوسف ومحمد رجهما والله وفي رواية كتاب الكفالة عنه أنه لا يطيب له (٤٣٣) ويتصدق به وجه رواية كتاب البيوع

وهو دليلهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي يبناء ومن ربح في ملكه يسلم له الرجح ووجه رواية كتاب الكفالة أنه يمكن الخيب مع الملك لا أحد الوجهين أما لان الاصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير أن يقضى الكر بنفسه وإن كان كذلك كان الرجح حاصلا في ملك متردد بين أن يقضى وأن لا يقضى ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك أصلا كان خيبا فإذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخيب وأما لانه رضى به أن يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضائه فإذا قضاه الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن فيه الخيب وهذا الخيب أي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع إلى أول الكلام وتقرر به تمكن

وقد قررناه في البيوع (ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقضاه الكفيل فباعها ورجح فيها فالرجح له في الحكم) لما بيناه من ملكه (قال وأحب إلى أن يرد على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم) وهذا عند أبي حنيفة رجه الله في رواية الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد رجهما والله لا يرد على الذي قضاه وهو رواية عنه وأنه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي يبناء فبسلم له وله أنه تمكن الخيب مع الملك أما لانه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أو لانه رضى به على اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخيب يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصديق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخيب لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لأجل لان الحق له

البراهم لا تتعين (وقد قررناه في البيوع) في آخر فصل في أحكامه (قوله ولو كانت الكفالة بكر حنطة) فدفعه الاصيل إلى الكفيل والباقي بحاله (فالرجح له) أي الكفيل (لما بيناه من ملكه) أي ملك الكر وانما يبنى في ضمن بيان انه ملك المقبوض (قال وأحب إلى أن يرد على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه وهذا عند أبي حنيفة في لفظ الجامع الصغير) ولا شك أن ضمير قال لابي حنيفة فقوله وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير انما ذكره ليمهد لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بفعل قال (وقالاهوله لا يرد عليه وهو رواية) أخرى (عن أبي حنيفة) وهو رواية كتاب البيوع من الاصل (وعنه) أي عن أبي حنيفة (رواية) ثالثة (انه يتصدق به) وهي رواية كتاب الكفالة منه (لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي يبناء) في ثبوت ملكه من أنه وجب له على الاصيل الخ (فيسلم له ولا ي حنيفة انه تمكن الخيب مع الملك اما) لفصور ملكه بسبب أن الاصيل (بسبيل من استرداده بأن يقضى) هو الطالب فينتفض ملك الكفيل فيما قبض (أولانه) انما (رضي به) أي ملك الكفيل فيه (على اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به) والوجه أن يعطف بالواو فانما وجهان لأن الوجه أحد هما بل كل منهما ثابت وهو قصور الملك بسبب ثبوت تلك الخيبة وعدم رضا الاصيل بملك الكفيل عما دفعه اليه الا على ذلك التقدير وهو منتف (وهذا الخيب يعمل فيما يتعين) وهو الكر لا فيما لا يتعين كالالف مثلا (فيكون سبيله التصديق في رواية ويرده عليه في رواية) أخرى (وهي الاصح لان الخيب لحق الاصيل) لالحق الشرع فيرده اليه ليصل إلى حقه (لان الحق له) وهذا يفيد انه يطيب له فقيرا كان أو غنيا وفيه روايتان والوجه طيبه له وان كان غنيا لما ذكرنا من أن الحق له (الا انه استحباب لأجل) لان الملك للكفيل واعلم انه تكرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال

الخيب مع الملك وكل خيب تمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذه الخيب يعمل في الكر لانه مما يتعين والخيب سبيله التصديق فيصدق به وجه رواية الجامع الصغير ان الخيب لحقه أي الحق الذي قضاه فإذا ارد اليه وصل الحق إلى مستحقه وهذا أصح لان الحق للكفول عنه لكنه استحباب لأجل فإذا ارد عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا فقبه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه أن يطيب له لانه انما ارد عليه باعتبار أنه حقه هذا إذا قبضه على وجه الاقتضاء وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لا يطيب الرجح للكفيل وعند أبي يوسف رجه الله يطيب

(قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف الخ) أقول يعني ما تقدم بنصف حنيفة وهو قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فالرجح لا يطيب له (قوله وعند أبي يوسف يطيب) أقول يخالف لما في شرح الكنز الزيلعي من انه إذا دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الرجح بالاتفاق فليطلب التفصيل ثمه الآن يكون عن أبي يوسف فيه روايتان

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الاصيل ان يتعين عليه حرياً فافعل فالشراء الكفيل والريح الذي ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الامر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة لبيعه المستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة لبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويحتمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والريح الذي ربحه البائع عليه لاعلى الاصيل وسعى هذا البيع عينة لمافيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للخل الذي هو مذموم وكأن الكره حصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك والالكانت المراجعة مكروهة والالزم الربح للكفيل دون الاصيل لانه اما كفالة فاسدة على ما قبل نظراً الى قوله على فانه كلمة ضمان لكنه فاسد لان الكفالة والضمان انما يصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس بمضمون على أحد فلا يصح ضمانه كرجل قال لا خربع متاعك في هذا السوق على ان كل وضيفة وخسران يصيبك فأناضامن به لك فانه غير صحيح

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الاصيل ان يتعين عليه حرياً فافعل فالشراء الكفيل والريح الذي ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الامر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة لبيعه المستقرض من تاجر عشرة ويحتمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والريح الذي ربحه البائع عليه لاعلى الاصيل وسعى هذا البيع عينة لمافيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للخل الذي هو مذموم على وهو فاسد وليس بتوكيل

أولاً أحب الى أن يرد ولا يجب في الحكم أي في القضاء وثانياً لكنه استحباب لا جبر يعني لا يجبره الحاكم على ذلك فإذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضي يكون المعنى لا يجبره القاضي ولكن بفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضي عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى إذ قد عرف ان المراد بالاستحباب عدم جبر القاضي عليه فجاز أن يكون واجبا فيما بينه وبين الله تعالى وهو مستحب في القضاء غير مجبور عليه والعبارة المنقولة عن فخر الاسلام في وجه قول أبي حنيفة وهو الاستحسان قال ووجه الاستحسان أن ما قبضه الكفيل مما لو له ملك فاسد من وجهه فان للاصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه واسترداد المقبوض حال قيام العدة حكم ملك فاسد كما في البيع الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفالة لان الكفالة لا تبطل بآداء الاصيل ولكن تنتهى كالأداء الكفيل بنفسه فكان المقبوض ملكاً فاسداً من وجهه صحيحاً من وجهه ولو كان فاسداً من كل وجهه بأن اشترى مكيداً أو موزوناً ملكاً فاسداً أو ربح فيه يجب التصديق بالربح أو الرد على المالك لان الخيبت كان لحقه فيزول بالرد عليه كالغاصب اذا أجز الغصب ثم رده فان الاجرة تصدق به أو رده على المغصوب منه فكذلك في الملك الفاسد من كل وجهه ولو كان الملك صحيحاً من كل وجهه لا يجب التصديق بالربح ولا رده فاذا قدم من وجهه وصح من وجهه يجب التصديق أو الرد على الاصيل علماً بالشبهين بقدر الامكان ظاهرة في وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى أو التصديق به غير أنه ترجح الرد هذا كله اذا أعطاه على وجه القضاء فلو أعطاه على وجه الرسالة الى الطالب فتصرف وربح ما ربحه مع أبي حنيفة في أنه لا يطيب له الربح وطالب له عند أبي يوسف لما عرف فيمن غصب من انسان ما لا وربح فيه تصدق بالفضل في قواه لانه استفاد من أصل خبيث ويطيب له في قول أبي يوسف مستند لا يحدث الخراج بالضمان (قوله ومن كفل عن رجل بألف بأمره وهو أن يشتري له حرياً بن هو أكثر من قيمته لبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الأقل الى بائعه فيدفعه بائعه الى المشتري المديون فيسلم الثوب البائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل وانما وسطا الثاني تجرأ عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأما تفسيره بأن يستقرض فيأبى المقرض الآن يبيعه عينا تساوي عشرة مثلاً في السوق بائني عشرة فيفعل فيبيع البائع درهمين رغبة عن القرص المذدوب الى البخل وتحصيل غرضه من الربا بطريق المواضعة في البيع فلا يصح هنا اذ ليس المراد من قوله تعين على حرياً اذهب فاستقرض فان لم يرض المسؤول أن يقرضك فاشتر منه الحرياً بأكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه فاذا فعل الكفيل ذلك كان مشترياً لنفسه والمالك له في الحرياً و الزيادة التي يخسر ها عليه لان هذه العبارة حاصلها (ضمان لما يخسر المشتري نظراً الى قوله على) كأنه أمره بالشراء لنفسه فخسر فعلى و ضمان الخسران باطل لان الضمان لا يكون الا بمضمون والخسران غير مضمون على أحد حتى لو قال بايع في السوق على أن كل خسران يلحقك فعلى أو قال لمشتري العبدان أتق عبدك هذا فعلى لا يصح

وأما وكالة فاسدة تظر الى قوله تعين بمعنى اشترى حريرا بعينه ثم يبعه بالنقد بأقل منه واقض ديني وفسادها باعتبار ان الحرير غير متعين أى غير معلوم المقدار والتمن كذلك فان قيل الدين معلوم والمأمور به هو مقداره (٤٣٥) فكيف يكون التمن مجهولا أجاب بقوله الجهمالة

ما زاد على الدين فانه داخل في التمن واذا فسدت الكفالة أو الوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح أى الزيادة على الدين عليه لأنه هو العاقد ومن الناس من صور العينة مقرض والمستقرض بينهما بالتساوي الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باثني عشر من المقرض ثم ان المقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المقرض فتدفع حاجته وانما توسطتا بالتساوي احتراماً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد التمن ومنهم من صور بفرد ذلك وهو مذموم اخترعاً كلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واذا تبايعتم بالعين وظهر عليكم عدوكم وقبل اياك والعينة فانها العينة ثم ذموا البياعات الكثائن الا ان أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ نبلخ منهم محمد بن سلمة يبلغ للتجار ان العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها مظروفة ثم اسقاط مقدار معين على الطرف وبه يصير البيع فاسداً ولا شك ان البيع الفاسد يحكم الغصب المحرم فإين هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته ثم الذي يقع في قلبي أن ما يخرج الدافع ان فعلت صورة يعود فيها اليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير في الصورة الاولى وتعود العشرة في صورة اقراض الخمسة عشر فكرهه والا فلا كراهة الا خلافاً الاولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المدينون في أبي المسؤول أن يقرض بل أن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر الى أجل فيشتريه المدينون ويبيعه في السوق بعشرة حالة ولا بأس في هذا فان الاجل قابل قسط من التمن والقرض غير واجب عليه دائماً بل هو مندوب فان تركه لجر درغبة عنه الى زيادة الدين مكرهه أو لعارض يعذره فلا وانما يعرف ذلك في خصوصيات المواد وما ترجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقاً والافضل بيع بيع العينة (قوله ومن كفيل عن رجل بما ذاب له عليه أو عما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام) رجل (يبينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لا يقبل) القاضي

وقيل هو نو كيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا التمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أى الزيادة عليه لانه العاقد قال (ومن كفيل عن رجل بما ذاب له عليه أو عما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البيينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل بيئته)

(وقيل هو نو كيل فاسد) ومعنى على منصرف الى التمن فاذا كان التمن عليه يكون المبيع له فأغنى عن قوله لي فهو نو كيل لكنه فاسد لانه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة كما لو قال اشترى حنطة ولم يبين مقداره ولا ثمنها ولو فرضنا أن التمن معلوم بينه ما هو قدر ما يقع به الا يفاء كان الحاصل اشترى حريراً يكون ثمنه الذي يبيعه به في السوق قدر الدين الذي علينا وهو لا يعين قدر عن الحرير الموكل بشرائه بل ما يباع به بعد شرائه لان الزائد على القدر الذي يقع به الا يفاء غير معلوم (وكيفما كان) نو كيل فاسداً أو ضمناً باطلاً (يكون الشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أى الزيادة) التي يخسرها (عليه لانه العاقد) ومن صور العينة أن يقرضه مثلاً خمسة عشر ثم يبيعه نو بياساوي عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة عشر المقرض منه فلم يخرج منه الا عشرة وثبت له خمسة عشر ومنها أن يبيع متاعه بألفين من المقرض الى أجل ثم يبعث متوسطا يشترى به لنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الاول بألف ثم يجعل المتوسط بائعه على البائع الاول بالتمن الذي عليه وهو ألف حالة فمدفعها الى المقرض وبأخذ منه ألفين عند الحلول قالوا وهذا البيع مكره لقوله صلى الله عليه وسلم اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذلتم وظهر عليكم عدوكم والمراد بائع أذناب البقر الحرث للزراعة لانهم حينئذ يتركون الجهاد وتألف النفس الحين وقال أبو يوسف لا يكره هذا البيع لانه فعله كثير من الصحابة وجدوا على ذلك ولم يعدوه من الرأى حتى لو باع كأغدة بألف يجوز ولا يكره وقال محمد رحمه الله هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعته كلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذلتم وظهر عليكم عدوكم أى اشتغلتم بالحرب عن الجهاد وفي رواية سلط عليه كرم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم وقيل اياك والعينة فانها العينة ثم ذموا البياعات الكثائن الا ان أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ نبلخ منهم محمد بن سلمة يبلغ للتجار ان العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها مظروفة ثم اسقاط مقدار معين على الطرف وبه يصير البيع فاسداً ولا شك ان البيع الفاسد يحكم الغصب المحرم فإين هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته ثم الذي يقع في قلبي أن ما يخرج الدافع ان فعلت صورة يعود فيها اليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير في الصورة الاولى وتعود العشرة في صورة اقراض الخمسة عشر فكرهه والا فلا كراهة الا خلافاً الاولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المدينون في أبي المسؤول أن يقرض بل أن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر الى أجل فيشتريه المدينون ويبيعه في السوق بعشرة حالة ولا بأس في هذا فان الاجل قابل قسط من التمن والقرض غير واجب عليه دائماً بل هو مندوب فان تركه لجر درغبة عنه الى زيادة الدين مكرهه أو لعارض يعذره فلا وانما يعرف ذلك في خصوصيات المواد وما ترجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقاً والافضل بيع بيع العينة (قوله ومن كفيل عن رجل بما ذاب له عليه أو عما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام) رجل (يبينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لا يقبل) القاضي

(٥٤ - فتح القدير خامس) فأقام المدعي البيينة على الكفيل ان له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل البيينة حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به

(قوله وهو مذموم الخ) أقول لو صح ذلك تكون الزراعة مذمومة أيضاً (قوله لعدم مطابقتها الخ) أقول فيه شيء

وذلك لان المال المكفول به اموال مقضى به على الاصيل لدلالة ما قضى بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب  
تقرر والتقرر انما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما مال يقضى به فيجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله اطل  
الله بقاءك فهو وان كان ضعيفا لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لسكنة تتعلق بعلم البلاغة غير  
مطابق لدعواه لا طلاقها وتفيد المكفول به حتى قيل ان ادعى على الكفيل ان قاضى بالذك كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بانف  
درهم واقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسئلة الى ان المكفول به مال قضى او  
يقضى به بعد الكفالة والمدعى يدعى التناهيح أن يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف  
ما يدل على ذلك أصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به اموال مقضى ولم يدعه أو مال يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يصح  
لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة ومن أقام البينة ان له على فلان ألف درهم وان هذا كقيل عنه  
بأمره قضى به على الحاضر والغائب (٤٣٦) جميعا وان ادعى الكفالة بغير أمره قضى به على الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلاثة فروق

ذكر المصنف منها اثنين

لان المكفول به مال مقضى به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو  
بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ماض أو يرد به المستأنف كقوله اطل الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك  
فلا تصح (ومن أقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كقيل عنه بأمره فانه يقضى به على الكفيل  
وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة)

هذه البينة ولا يقضى به الا لأنه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم اذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون  
خصما عنه لانه انما كفل عنه بمال مقضى بعد الكفالة لانه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقوله  
اطل الله بقاءك وهذا لانه جعل الذوب شرط او الشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فإلما يوجد  
الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا (والدعوى مطلق عن ذلك) والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب  
بعد الكفالة فلم تقم على من انتصب بكونه كفيلا عن الغائب بل على أجنبي اذ لا ينتصب خصما (وهذا  
في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى) وهي لفظة ذاب (لان معنى ذاب تقرر) ووجب (وهو بالقضاء)  
بعد الكفالة حتى لو ادعى اني قدمت الغائب الى قاضى كذا واقت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لي  
عليه بذلك واقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما  
عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره الا انه اذا كانت بغير أمره يكون القضاء على الكفيل  
خاصة وقد علمنا من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ولو ضمن غن ما باعه أو  
دائنه أو أقرضه فغاب المطلوب فبرهن الطالب على الكفيل انه كفل به وقد دأبه أو أقرضه بعده ووجد  
الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بلا خلاف لان الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به الا بعد  
القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصما عنه فيقع القضاء عليهم (قوله ومن أقام البينة) صورتها  
في الجامع وقال يعقوب ومحمد رحمهما الله اذا كفل عن رجل بمال مؤجل بأمر المكفول عنه فغاب  
المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة ان له على فلان كذا وان هذا كفل له بأمر فلان  
عن فلان فاني أقضى بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير أمر

(قوله فهو وان كان ضعيفا  
الخ) أقول لا يخفى عليك ان  
حكمه بالضعف لا يوافق  
المسئلة الآتية بعد سطرين  
ولعل تصديرها بصفة  
التنزيه إشارة الى ذلك  
(قوله فلا يدخل تحت  
الكفالة بالشك) أقول لو  
صح هذا لم يتم الجواب في  
المسئلة التي مررت آنفا  
لمكان الشك (قوله وليس  
في لفظ المصنف ما يدل على  
ذلك) أقول وليس فيه  
ما يأتى عنه (قوله أو مال  
يقضى به) أقول ولم يدعه  
أيضا كما لا يخفى (قوله ومع  
غيبة الاصيل لا يصح)  
أقول وليس في كلام  
المصنف ما يدل على ذلك  
أيضا كما لا يخفى (قوله لكونه

الغائب

قضاء على الغائب الخ) أقول قال المحشى الشهير يعقوب باشا فيه ان القضاء على الغائب صحيح في مثل

هذه المسئلة قال في الفصول العمادية اذا ادعى رجل انه كفل من فلان بما يذوب له عليه فأقر المدعى عليه الكفالة وأنكر الحق واقام  
المدعى البينة انه ذاب له على فلان كذا فانه يقضى به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت  
الى انكاره انتهى ونحن نقول يمكن أن يجاب عنه بأن يقال ان الكفيل يكون هناك خصما بخلاف ما نحن فيه ويؤيد هذا الجواب  
ما ذكره العلامة الكاكي في شرحه حيث قال لأنه كفل بما قضى له على الاصيل بعد الكفالة فإلما يصير المال مقضيا به على المكفول عنه  
لا يكون الكفيل كفيلا فلا يكون خصما ولا يمكن القضاء على الاصيل بهذه البينة حال غيبته لانه يكون قضاء على الغائب وهو لا يصح  
عندنا وأجدو يصح عند الشافعي ومالك ولذلك يؤقت قبول البينة والقضاء على المكفول عنه الى أن يحضر حتى يكون الكفيل بالدين  
المقضى به على الاصيل كإلزامه في عقد الكفالة الا يرى انه لو أقر الكفيل على الاصيل بمال الطالب لا يلزمه اذا حضر الاصيل واذا حضر

الاصيل ومضى عليه فينتدب لزم الكفيل الخ

أحدهما ان البيئة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضيا به أو يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للدعى به فصحت وقبلت البيئة لا بتبناهم على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما ان هناك لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه أى بما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شئ لم يلزمه شئ من المال وههنا لو قال كفلت لك عنه بألف درهم لكن ليس لك شئ لم يلتفت اليه والثاني الفرق بين الكفالة بأمر والكفالة بغير أمر مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة في أن لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين أن يكون بأمر وبين أن يكون بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهم ما يتغايران لان الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كانا كذلك فهما غيران لا محالة وإذا ثبت ذلك فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالأخر لأن الحاكم انما يقضى بالسبب الذي يدعيه المدعى ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعى الكفالة بالأمر (٤٣٧) وقضى بالكفالة بالأمر بينة ثبت أمره بحجة كاملة والأمر بالكفالة

يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البيئة عليه واذا ادعاه بغير أمر فأنها لاتمس جانب الغائب اذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه أى الشأن ان صحة الكفالة بغير أمر تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال لفلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شئ فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا أبهم فادعى على رجل انه كفل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسر وأقام على

وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالأمر وعدمه لانهم ما يتغايران لان الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالأخر واذا قضى بها بالأمر ثبت أمره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمر لا تمس جانبه لانه تعتمد صحته اقيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بأمر يرجع الكفيل بما أدى على الأمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا

الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل خصم عن الغائب انتهى يعني فلا يقع القضاء على الاصيل وانما يخص قوله ما بالذكر لانه لم يحفظ عن أبي حنيفة نصا لان في المسئلة اختلاف (وانما قبلت) هذه البيئة ولم تقبل فيما قبلها (لان المكفول به) هنا (مال مطلق) ودعوى المدعى مطلقة أيضا فصحت وقبلت البيئة لانها بناء على صحة الدعوى (بخلاف ما قبلها) لان المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وان كان مقيدا بخصوص كمية ولم يطابقها دعوى المدعى ولا البيئة (وانما اختلف) القضاء (بالأمر وعدمه) حتى يقع القضاء عليهما في الأمر فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لا يحتاج الى اقامة البيئة عليه بالمال لانه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده اذ لم يكن أمر فلا يرجع (لانهم) أى الكفالة بالأمر وبغير الأمر (يتغايران لان الكفالة بالأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير الأمر تبرع ابتداء وانتهاء فدعواه أحدهما) وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء (لا يقضى له بالأخر) وهو المعاوضة لثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضيا عليه (واذا قضى بها) أى بالبيئة (بالأمر ثبت أمره) أى أمر المكفول عنه (وأمره يتضمن اقرار الاصيل بالمال) اذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف بأن عليه للقضى له ديننا (فيصير مقضيا عليه بخلاف الكفالة بغير أمره) فأنها (لاتمس جانبه) أى جانب الاصيل (لان صحة الكفالة) بلا أمر المكفول (انما تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل) اذ زعمه لا يلزم غيره (ثم في الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الأمر) حيث ثبت الأمر (وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره) وهو الاصيل (ونحن نقول) قد (صار) الكفيل في انكاره الدين على الاصيل (مكذبا شرعا) بقيام

ذلك بينة ان له على الغائب ألف درهم كانت له قبل الكفالة فانه يقضى بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بأمر أو بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذ لم يكن اثبات ما يدعى على الحاضر الا باثبات ما يدعى على الغائب والكفالة اذا كانت معلوم أمكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعروف بذاته واذا كانت مجهول لا تصح مالم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كأنه قال ان كان لك على فلان مال فأنا كفيل فأثبتته المدعى وسأقضى تمام ذلك (قوله وفي الكفالة بأمر) يجوز أن يكون قرعا آخر بين ما اذا أقيم البيئة على الكفالة بأمر وبين ما اذا أقيم عليها بغيره فان الثابت بالبيئة كالنائب عيانا ولو ثبتت الكفالة بالأمر عيانا يرجع الكفيل بما أدى على الاصيل فكذلك اذا ثبتت بالبيئة وقال زفر لما أنكر الكفيل الكفالة فقد زعم أن الطالب ظلمه والمظلوم لا يظلم غيره وقلنا لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا

فبطل ما زعمه كمن اشترى شيئا وأقر بأن البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحققه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البائع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونقض بما قال محمد فبين اشترى عبد اقباعه ورد عليه به يعيب بالبينة بعدما انكر العيب به ثم أراد ان يردده على بائعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله (٤٣٨) خلافا لابي يوسف حيث لم يبطل زعمه مع ان القاضي لما قضى عليه

فبطل ما زعمه قال (ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم) لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع

البينة بخلافه (فيبطل زعمه) فيثبت حكم الكفالة بالامر وهذا كمن اشترى عبدا واعترف بانه ملك البائع ثم استحق بالبينة فانه يرجع على البائع بتمنه وان كان معترفا بأن البائع ظلم واستشكل عليه قول محمد فبين اشترى عبد اقباعه فرد عليه يعيب بالبينة بعد انكاره العيب فعند محمد لا يردده على بائعه خلافا لابي يوسف فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبينة أوجب بأنه انما لا يرد لان قوله لا يعيب فيه نفي للعيب في الحال والماضى والقاضى انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس شرطا للرد على الثاني وفي الجامع الكبير جعل المسئلة على أربعة أوجه فقال اما أن تكون الكفالة مطلقة نحو أن يقول كفلت بمالك على فلان أو مقيدة نحو أن يقول كفلت لك عن فلان بألف درهم وكل وجه على وجهين اما أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه أو بغير أمره فان كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بأمره أو بغير أمره لان الطالب لا يتوصل الى اثبات حق الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا أن القول قول الكفيل انه ليس للطالب على الاصيل شيء واذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وان كان غائبا والمذهب عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا دعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب قال مشايخنا وهذا طريق من أراد اثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الغائب والكفيل اتصال وكذا اذا خاف الطالب موت الشاهد بتواضع مع رجل ويدعى عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة ويشكر الدين فيقيم المدعى البينة على الدين فيقضى به على الكفيل والاصيل ثم يسبر الكفيل وكذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من ادعى حقا لا يثبت على المدعى عليه الا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصما عن الغائب كمن قذف رجلا فدعى المقدوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فأقام المقدوف عليه بينة أنه كان عبدا فلان وأنه أعنته قضي بعنته على فلان لانه ادعى حقا وهو الحد لا يتوصل الى اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصما عن فلان سيد العبد الغائب وثبت القضاء عليه وكذا عبد مأذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين أنا ضامن لدينك ان أعنته مولاه فأعنته ثم أقام صاحب الدين بينة أن مولاه أعنته بعد كفالة الكفيل وان كان فيه قضاء على الغائب وقضاء الغائب وهذا كله استحسان استحسنة علماء وأما صيانة الحقوق (قوله ومن باع دارا فكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم) وقدينا ان ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع وقوله تسليم أى تصديق من الكفيل أن المبيع ملك البائع فلا دواع له لنفسه لا تسمع دعواه اذ لو صحت الرجوع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد وأيضا (فالكفالة ان كانت مشروطة في البيع) بأن باع بشرط أن يكفل له (فتمام البيع بقبوله) أى بقبول الكفيل (ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم به) ولهذا تبطل شفيعته لو كان الكفيل شفيعا (وان لم يكن) أى عقد الكفالة (مشروطا فيه فالمراد به أحكام البيع

بالرد بالعيب كذبه في زعمه وأوجب بأنه انما لم يكن له أن يردده على بائعه لان قوله لا يعيب فيه نفي للعيب في الحال والماضى والقاضى انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني فافترقا قال (ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك الخ) ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على مامر والمراد بقول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم أى تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع فلا دواعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه لان الكفالة اما أن تكون مشروطة في البيع أولا فان كان الاول وهو شرط ملائم للعقد اذ الدرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيد وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعى في نقض ما تم من

جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفيعته وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته من مسلمة هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعي في نقض ما تم من جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والاقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض وان كان الثاني فالمراد بالكفالة أحكام البيع

(قوله وبطلان السعي في نقض ما تم الخ) أقول فيه تأمل

وترغب المشتري لاحتمال أن لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاحتجاج فتسكفل تسكيناً قلبه فصار كأنه قال اشتر هذه الدار ولا تبال فانهم مالك البائع فان أدركك ذلك فأنام من ذلك اقرار بملك البائع ومن أقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك وانما قال فنزل منزلة الاقرار لانه يؤل اليه في المعنى قال (ولو شهد وختم الخ) لو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بأن كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوباً ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري عليه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الأئمة الحلواني ولم يكفل لم يكن ذلك تسليماً وهو على دعواه قبل قوله وختم وقع اتفاقاً باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا فان ادعى لنفسه تسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره أيضاً لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملاممة ولا هي باقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك وأخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا تكون اقراراً بأنه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة لحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار (٤٣٩) بالملك لما تقدم قال مشايخنا ما ذكر ان

الشهادة على البيع لا تكون تسليماً محمول على ما ذالم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل أن يكون المكتوب فيه باع فلان أو جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شهد فلان

البيع أو جرى البيع بعشدي وأما اذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل أن يقول باع فلان كذا وهو يملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا تصح دعواه الآن يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم

وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ

فصل في الضمان (ومن باع لرجل ثوباً بالخ) الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد ولما كان

وترغب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليماً وهو على دعواه) لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة لحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه أو يباعاً تارة فهو ككتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل في الضمان قال (ومن باع لرجل ثوباً وضمن له الثمن أو مضارب ضمن عن متاع رب المال فالضمان باطل) لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما مقصير كل واحد منهما ضماناً لنفسه

وترغب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه الا بالكفالة تسكيناً قلبه (فينزل) عقد الكفالة (منزلة الاقرار بملك البائع) والا كان تغريباً فلا يصح دعواه اياه أيضاً بعد ذلك هذا اذا كفل فاما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاه بعد شهادته ان كان رسم مكتوباً على الصك وفي الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ملكه يباعاً تارة فاذن كتب بذلك أو كتب جرى ذلك فكذلك لا تسمع دعواه اياها وان لم يفد ذلك مثل ان يكتب في الصك باع فلان من فلان جميع الدار أو اقر بالبيع بحضوري والشراء ثم كتب شهد بذلك أو كتب جرى ذلك لا تمنع دعواه فيها فاعلمه كتب الشهادة لحفظ الحادثة ليس بعد ذلك في تثبيت البينة وقوله (وختم) هو أمر كان في زمانهم اذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوباً ووضع نقش خاتمه حتى لا يطرقة التبديل وليس هذا في زماننا

فصل في الضمان الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكر فيه بلفظ الضمان أو ردها مترجمة بذلك (قوله ومن باع لرجل ثوباً) اللام في لرجل لام الملك أي باع ثوباً هو لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه (ضمن) الوكيل (له) أي للرجل المالك (الثمن أو مضارب ضمن عن متاع رب المال فالضمان باطل لان الكفالة) وهي الضمان (التزام المطالبة والمطالبة اليهما) أي الى الوكيل والمضارب (فيصير كل منهما ضماناً لنفسه) فيصير مطالباً بالمطالبة وهذا لان حقوق العقد ترجع اليهما حتى لو حلف المشتري مالو كل عليه دين بر ولو حلف مالو كبل عليه شيء خفت

مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها الغفار في اللفظ واعلم أن كل من رجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجبه في وكل رجلاً ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئاً وضمن رب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما أي الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصاله في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو حلف المشتري مالو كل عليه شيء كان باراً في عيینه ولو حلف مالو كبل عليه شيء كان حاثاً وكذا المضارب واذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامناً لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه أمر اعتباري لا يظهر عند الخصومة

ولان المال امانة في أيدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهم المالكنا ضمينين فما فرضنا أمينا لم يكن أمينا وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغيير الحكم الشرع وليس للعبد ذلك لثبته الى الشركة في الربوية وقد قررنا بطلان ذلك في التقرير ينظر برانا ما في رد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانهما لو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعير لم يجوز لذلك ولقائل أن يقول الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال امانة بأيديهما اذا لم يضمنا فاما اذا ضمنا فيكون ذلك رفعه لالامانة الى الضمان ونحوه لا من حكم شرعي الى حكم شرعي فصار كما اذا باع بألف ثم باع بألف وخمسمائة والجواب أن رفع الامانة انما يكون ببطلان الوكالة لئلا يتخلف المعامل عن عتقه وبطلانها حينئذ انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع للوكالة لانه كفيل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن تصحح على وجه يبطل به أصلها بخلاف مسئلة البيع فان الثاني ليس فرع الاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن شائعنا صار ضمانا لنفسه وقد تقدم فساداه وان صح في نصيبه مفرزا أدى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك اما أن يكون حسا أو بوصف مميز وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور وذكر في الفوائد الظهيرية في تعليقه لان ما يستحق بنصيب أحدهما فلا يخار أن يشاركه فيه اذا كان مالا بدليل ان أحدهما لو اشترى بنصيبه (٤٣٠) منه شيئا كان لالاخر ولاية المشاركة ولو صح الضمان فيما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له أن

يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كأنه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى أن لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشايخنا ان في تجوز هذا الضمان ابتداء بطلاله انتهاء فقلنا يبطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريك لان الضمان يضاف الى

ولان المال امانة في أيديهما والضمان تغيير الحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير (وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن) لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضمانا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف الوكيل بالتسكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه سفير لا ترجع اليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضمانا لنفسه (ولان المال في يد كل من الوكيل والمضارب امانة) فلا يصير مضمونا عليه ما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك أي لا يصح الضمان أيضا فيما (اذا باع رجلان عبدا) مثلا بينهما (صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن) لانه لو صح الضمان مع الشركة بأن ضمن نصف الثمن مطلقا (يصير ضمانا لنفسه) لان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستحق بنصيب أحدهما فلا يخار أن يشاركه فيه فيما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى أن لا يبقى شيء أو يبقى الجزء الذي لا يجزأ فظهر ولزم بطلان الضمان من حيث صح (ولو كان ضمن نصيب شريك خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز) لانه في الذمة لا يقبل القسمة لانها افراز ولا يمكن الا في عين خارجية والدين وصف اعتباري ويرد عليه اختيار الثاني ونقل الاجماع على ان أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين

نصيب شريك فكيف يصح شائعنا وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا أيضا يجوز لانه قاتل الاجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذا اذا ضمن أحدهما بنصيب صاحبه ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نقض ما أدى وهو ممنوع بل هو من حيث انه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي به هذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريك فكيف يصح شائعا يجب عليه بأن نصيب الشريك وهو النصف مثلا له اعتباران اعتبارا بنصف شائع في كل جزء من أجزاء الثمن واعتبارا بنصف مفرز في بعض أفرادها لا تعلق له بالباقي من الأفراد ولا خفاء في اختلافهما وتغيرهما فترك ذلك نقص في التعقل وقوله لا معنى لهذا أيضا لان انعقاد الاجماع الخ يجب عنه بأنه انما تلزم القسمة فيه

(قوله كان لالاخر ولاية المشاركة) أقول غير مسلم قال صاحب الهداية في فصل في الدين المشترك من كتاب الصلح ولا سبيل للشريك على الشوب لانه ملكه بعهده (قوله ولو صح الضمان فيما يؤديه الضامن) أقول الظاهر أن يقال فيما يؤديه (قوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريك) أقول تعليل لقوله ولا معنى لما قيل الخ (قوله وليس فيه معنى القسمة) أقول أجاب عنه الشارح في كتاب الصلح بأن القسمة في صورة البيع ضمنية فلا معتبر لها فراجع (قوله نقله صاحب النهاية) أقول نقله من الفوائد الظهيرية (قوله يجب عنه) بأن نصيب الشريك الخ) أقول فيه تأمل

لان ما اشتري أحدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان لا بد أن يشاركه بخلاف ما إذا باع صفتين بأن سمي كل واحد منهما  
 ثمن لنفسه ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه فان الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لانه لا شركة ثمة لانها  
 تكون بانحداد الصفة والفرض خلافه واستوضح بقوله ألا ترى أن المشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويرد الآخر أنه يقبض نصيب  
 أحدهما اذا نقدت حصته وان كان قبل الكل ولو انحدت الصفة لم يكن له ذلك قال (ومن ضمن عن آخر خراج حقه وفوائده  
 وقسمته فهو جائز الخ) الضمان عن الخراج والنوائب والقسمه جائز أما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان  
 في الخراج قبل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بأن يوظف الامام في كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهي التي يقسم  
 الامام ما يخرج من الارض لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه (٤٣١) في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح

ما يفرق به بين الخراج  
 والركة وذكر المصنف  
 رحمه الله فرقا آخر بقوله  
 وهو يخالف الركة لانهم مجرد فعل  
 مجرد فعل اذا الواجب فيها  
 عليك مال من غير أن  
 يكون بدلا عن شيء والمال  
 آتية ولهذا لا تؤدي بعد  
 موته الا بالوصية

بخلاف ما إذا باع بصفة فحين لانه لا شركة ألا ترى أن المشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض اذا نقد  
 عن حصته وان قبل الكل قال (ومن ضمن عن آخر خراج حقه وفوائده وقسمته فهو جائز) أما الخراج فقد  
 ذكرناه وهو يخالف الركة لانهم مجرد فعل ولهذا لا تؤدي بعده موته من تركته الا بوصية

يجوز كما أنه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه فعلى الوجه الذي  
 صح هذا يكون نصيب شريكه المضمون له قال في الفوائد الظهيرية بعد أن أورد هذا ولكن التعويل  
 على ما ذكرنا من يد ما قررنا من بطلان الضمان حيث صح لكن بعد ما صار الوجه مرددا بين كون  
 الضمان بنصف شائع أو بنصف شريك وبطل الأول بما ذكره الناظران بختم الثاني ويدفع لازمه  
 الباطل بما ذكرنا لأن الفرق بين شرائه بخصه وبين ضمانه أو يخص البطلان بما إذا أريد ضمان  
 النصف شائعا ويحكم بأنه المراد وقوله (بخلاف ما إذا باع صفتين) يعني بخلاف ما لو باع الشريكان  
 العبد صفتين بأن باع هذا نصيبه على حدة وهذا كذلك من ذلك المشتري ثم ضمن أحدهما الآخر نصيبه  
 أو باعاهما معا وسماي لكل نصيب ثمنهما ضمن أحدهما مع الضمان (لانه لا شركة) بينهما ما يحكم الشرع  
 بذلك ولذا وقبل المشتري في نصيب أحدهما فيما إذا باعاهما دون الآخر صح ولو قبل الكل ثم نقد حصته  
 أحدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص ولا يخفى ان هذا في الثاني محمول على ما إذا أعاد مع تفصيل الثمن  
 لفظة البيع عند أبي حنيفة والافهوعلى قولهما في تعدد الصفة على ما سلف في البيع قال الامام  
 قاضيان ولو تبرع يعني الشريك بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم  
 الا بالاداء وعند الاداء يصير مـ سقاط حقه في المشاركة فيصير وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة  
 لان التبرع أسرع جوازاً من الكفالة ألا ترى انه يجوز التبرع ببذل الكتابة ولا يجوز الكفالة به (قوله  
 ومن ضمن عن آخر خراج حقه وفوائده وقسمته فهو جائز) أما الخراج فقد ذكرناه قبل هذا الفصل بقوله  
 والرهن والكفالة جائزان في الخراج (وهو يخالف الركة لانهم مجرد فعل) هو عليك طائفة من ماله  
 مقدرة لا دين ثابت في الذمة لان الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا عن مال ألتفه أو قرض  
 اقترضه أو مبيع عقد بعيه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر أو استئجار عين والركة ليست  
 كذلك بل ايجاب اخراج مال ابتداء بدلا عن مال نفسه فليس يدين حقيق ولو وجبت في نصاب مستهلك  
 وانما الهاشبه الدين في بعض الاحكام على ما قدمناه بخلاف الخراج لانه مال يجب في مقابلة الذب عن  
 حوزة الدين وحفظه فكان كالاجرة وقد قيدت الكفالة بما اذا كان خراجا موظفا لا خراجا مقاسمة

(قوله لان ما اشتري  
 أحدهما بنصيبه الخ)  
 أقول قال بعض الفضلاء  
 هذا غير مطابق للواقع فان  
 ما اشتراه أحدهما بنصيبه  
 يقع الملك له خاصة وان كان  
 لا آخر حق المشاركة  
 ألا ترى ان له أن يشاركه  
 ولو كان واقعا على الشركة  
 كما كان له ذلك وبالمجمل  
 فوقع الملك له خاصة  
 منصوص عليه وسيجيء  
 ان شاء الله تعالى فلا وجه  
 لما ذكره والاولى أن يقال ان  
 البيع أمر حكى وبإضافة  
 البيع الى نصيبه مشاعا  
 لا يلزم محذور بخلاف

إضافة الكفالة فان اعتبار الشيوع فيه يؤدي الى أن يصير ضمانا لنفسه من وجه وهو غير مشروع فوضح الفرق وان دفع الاشكال ثم في  
 صورة البيع اذا اعتبرنا اضافته الى نصيبه شائعا بقوله لما كان هو العاقد وقع الملك له خاصة ولا ينافيه أن يكون فيه اعتبارا اضافته  
 الى حق صاحبه من وجه بناء على الشيوع فان الملك للعاقد وان أضاف الى تعدد غيره على ما عرف وأما ثبوت حق المشاركة له فسيجيء  
 انتهى ونحن نقول قوله وان كان لا آخر حق المشاركة غير صحيح أيضا بل ذلك فيما اذا صالحه عن نصيبه بثوب والتفصيل في الصلح في  
 الدين المشترك ثم قوله وسيجيء في الصلح في الدين المشترك ثم قوله فوضح الفرق وان دفع الاشكال كلاما خال عن الفائدة اذا بس  
 في كلامه ما يدفع الاشكال

وأما النوايب فقد رادها ما يكون بحق وقد رادها ما ليس بحق والاول ككرى الانهار المشتركة وأجر الحارس للمحلة وما وظف الامام لتجهيز الجيش وفداء الاسارى بأن احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين أو الى فداء أسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف ما على الناس لذلك والضمان فيه جائز بالاتفاق وجوب أدائه على كل مسلم أو جبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظالما كالقيصر ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان به لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا تنشئ عليه ههنا شرعا وقال بعضهم يصح وعن عيل اليه الامام البرزوى يرد بفخر الاسلام رحمه الله لان صدرا الاسلام عن مال الى عدم صحتها قال فخر الاسلام وأما النوايب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينوب به صحت الكفالة به لانها ديون في حكم توجه المطالبة به او العبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها وله ذاقنا ان (٤٣٣) من قام بتوزيع هذه النوايب على المسلمين بالقسط والعدالة كان مأجورا

وأما النوايب فان أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة به على الاتفاق وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رجهم الله وعن عيل الى الصحة الامام على البرزوى وأما القسمة فقد قيل هي النوايب بعينها أو حصص منها والرواية بأو قيل هي النائبة الموظفة الراتبية والمراد بالنوايب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه

وهو ما يجب فيما يخبر به فانه غير واجب في الذمة (وأما النوايب فان أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك) للعامة (وأجرة الحارس) للمحلة الذي يسمى في ديار مصر الخفير (والموظف لتجهيز الجيش) في حق (وفداء الاسارى) اذا لم يكن في بيت المال شيء (وغيرها) مما هو بحق (فالكفالة به جائزة بالاتفاق) لانها واجبة على كل مسلم موسر بايجاب طاعة ولي الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أو لزومه ولا شيء فيه (وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات) الموظفة على الناس (في زماننا) ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فاتهم ظلم فاختلف المشايخ في صحة الكفالة بها فقيل تصح اذا العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق أو باطل ولهذا قلنا ان من نولي قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور وينبغي ان كل من قال ان الكفالة ضم في الدين يمنع صحتها ههنا ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بصحتها يمكن أن يمنعها بناء على أن في المطالبة بالدين أو بمعناه أو مطلقا (وعن عيل الى الصحة الامام البرزوى) يرد بفخر الاسلام أما أخوه صدرا الاسلام فابى صحة الكفالة بها (وأما القسمة فقيل هي النوايب بعينها أو حصص منها) اذا قسمها الامام ولا حاجة الى كون الرواية قسم بلاهاء لان قسمة في القرآن بمعنى قسم قال تعالى ونبتهم ان الماء قسمة بينهم اذا معنى لضمان حقيقة القسمة بالمعنى المصدري لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواو وليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية بأو (وقيل النائبة الموظفة الراتبية والمراد بالنوايب) ما هو منها غير راتب (فتغايرا (والحكم) يعني في القسمين (ما بيناه) من الصحة في أحدهما والخلاف في الاخرى ثم من أصحابنا من قال الافضل للانسان ان يساوى أهل محله في اعطاء النائبة قال شمس الأئمة

وان كان من جهة الذي يأخذ باطلا وله ذاقنا ان من قضى نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استخسانا بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الأئمة هذا اذا أمر به لاعتنا كراه اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر أمره في الرجوع وأما قوله وقسمته فقد ذكر عن أبي بكر بن سعيد أنه قال وقع هذا الحرف غلطان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون وأجيب بأن القسمة قد تجب بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبتهم أن الماء قسمة بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه أبو جعفر الهندواني يقول معناه ان أحد

هذا

الشريك ان اطلب القسمة من صاحبه وامتنع الاخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز

ذلك لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناه اذا اقتسمنا ثم منع أحد الشر بكن قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بالضمير لا بالتاء وقد علمت ان القسمة بالتاء تجب بمعنى القسم بل تاء وقال بعضهم هي النوايب بعينها وقد ذكر تفسير النوايب بحق وبغيره وعلى هذا فذكره بالواو والبيان من باب العطف للتفسير أو حصص منها أي من النوايب يعني اذا قسم الامام ما ينوب العامة فتكون ككرى النهر المشترك فأصاب واحد شيء من ذلك فيجب أدائه فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقرير وقسمته بالواو وليكون عطف الخاص على العام كافي قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال فأشار المصنف رحمه الله الى أن الرواية بأو على تقدير أن تكون القسمة حصص من النوايب لان القسمة اذا كانت حصصا منها فهو محل أو أما اذا كانت هي النوايب بعينها فهو محل الواو الامر وقيل هي النائبة الموظفة الراتبية والمراد من النوايب ما ينوبه غير راتب قيل وعن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق

قال (ومن قال لا آخر لك على مائة الى شهر الخ) ومن قال لا آخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي لكونه احواله وان قال ضمننت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وروى عن أبي يوسف ابراهيم بن يوسف ان القول فيهما للمقر له وقال الشافعي القول فيهما للمقر له ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا أقر بالمؤجل فقد أقر بأحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة وأوجب بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كإسباني ولا يوجب انهم ما تصادقوا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بجهة اعتبار اقرار بالدين وأوجب بما أوجب به الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر أقر بالدين مدعيًا حقًا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل فكان ثمة اقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للسكر وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه ليس عليه دين في الصحيح كما تقدم وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضع الفرق بينهما واقائل أن بقول هب انه لا دين عليه فيقر به أليس انه قد أقر بالمطالبة فلا خصم (٤٣٣) أن يقول أقر بالمطالبة مدعيًا حقًا لنفسه وهو تأخيرها الى أجل فكان

(ومن قال لا آخر لك على مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمننت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن) ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقًا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كافي الخيار أما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلًا على الاصل هذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الجائحة والجهاد أما في زماننا فكثر النوائب تؤخذ ظلمًا ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان أراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه ليقبر يستعين به الفقير على الظلم وينال المعطى الثواب وقوله والحكم ما بيناه يعني ما ذكره من ان الكفالة فيما كان بحق جائز وبغير حق فيه اخلاف (قوله ومن قال لا آخر) المراد الفرق بين مسئلتين احدهما من أقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وأنكر الاجل القول للمقر له ولو أقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف بالمقر له وأنكر الاجل القول للكفيل في ظاهر الرواية بخلاف الشافعي حيث ألحق الاول بالثاني فيجعل القول في المسئلتين للمقر ولا يوجب على ابراهيم بن رستم حيث ألحق الثاني بالاول فيجعل القول فيهما للمقر له وما وقع في أكثر نسخ الهداية من عكس ذلك وهو ان الشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف قلبه سهو من الكتاب وجه قول الشافعي رحمه الله ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعترافه بالمؤجل اعتراف بنوع كالا اعتراف بخطئة رديئة أو جسيمة فلا يلزم النوع الا آخر فالقول للمقر كالكفيل وجه قول أبي يوسف انهم ما تصادقوا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الا بجهة كافي الاول وصار الاجل كالخيار فيما لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار أو أنكر الطالب القول للطالب في أنكاره الخيار وجه المذهب أن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال اذا ظاهر أن الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض أو اتلاف أو بيع ونحوه والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا يبدل في الحال فكان الحلال الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضًا عارضًا لا نوعًا (ثم ادعى لنفسه حقًا وهو تأخيرها) والا آخر ينكره (وفي الكفالة ما أقر بالدين) على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في

ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الا بجهة كافي الاول وصار الاجل كالخيار فيما لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار أو أنكر الطالب القول للطالب في أنكاره الخيار وجه المذهب أن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال اذا ظاهر أن الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض أو اتلاف أو بيع ونحوه والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا يبدل في الحال فكان الحلال الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضًا عارضًا لا نوعًا (ثم ادعى لنفسه حقًا وهو تأخيرها) والا آخر ينكره (وفي الكفالة ما أقر بالدين) على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في

(٥٥ - فتح القدير خامس) كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتياله وهو حسن لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت لذلك فكان عارضًا والاجل في الدين بهذه المثابة لان عن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلًا من غير شرط اذا كان مؤجلًا على الاصل فكان الاجل ذاتيالبعض الكفالة منوعًا كالتأنيق المنوع لبعض الحيوان وهذا أقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاجل في الدين عارضًا لا يثبت الا بشرط كان القول قول من أنكره مع اليمين كافي شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذاتيًا كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله ووقع في المتن (قوله وأوجب بما أوجب به الشافعي) أقول يعني بفساد الاعتبار وفيه شيء (قوله والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول الخ) أقول وعندى ان الفرق الاول أيضا صحيح لا يرد عليه ما أورده فان المقر بالدين أقر بوجوب نفس الدين في ذمته في الحال وادعى تأخر وجوب أدائه والمقر له ينكر ذلك والمقر بالكفالة لم يقر بشيء في الحال بل يدعي ذلك المكفول له والكفيل ينكره فتأمل وهذا كلام اجالي كتبته تذكرة

والشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف فيما روى عنه ألحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور من مذهبهما فمن الشارحين من حمله على الرايتين عن كل واحد منهما أو منهن من حمله على الغلطن الناسخ ولعله أظهر (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجلا بالدرك الخ) ومن اشترى جارية وكفل له رجلا بالدرك (٤٣٤) وقد تقدم معنا فاستحققت الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان

احتمال الاجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع أن يأخذ الكفيل بالثمن لان مجرد قضاء القاضى يثبت موت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية مالم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا فاعاقه بائع الجارية بعد حكم القاضى للمستحق نفذ اعاقته وإذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل وإذا لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وإنما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال أبو يوسف في الامالى له أن يأخذ الكفيل قبل أن يقضى له على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحرية فمجرد القضاء يثبت للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينهم ما بين الاستحقاق وأجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل به لعدم المحل ف يرجع المشتري على البائع وكفيه له ان شاء وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل أراد بترتيب الاصل

والشافعي رحمه الله ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف رحمه الله فيما روى عنه ألحق الاول بالثاني والفرق قد أوضحناه قال (ومن اشترى جارية فكفل له رجلا بالدرك فاستحققت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان مجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية مالم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل به لعدم المحل ف يرجع على البائع والكفيل وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل

الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى التزامها في الحال أو في المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فاما أقر بنوع من مافلا يلزم بالنوع الآخر بخلاف الكفالة على أنه بالخيار فانها ضعيفة لقلّة وجودها فنزلت منزلة العدم وهذا مخلص عن ادعى مالا وهو مؤجل في الواقع فان اعترف به مؤجلا لا يصدق وان أنكر يكون كاذبا وخاف ان اعترف به كذلك لا يصدق في الاجل فالحيلة أن يقول للمدعى هذا المال الذي تدعيه مؤجل أم مجهول فان قال مؤجل حصل المقصود وان قال مجهول فينكر وهو صادق وفي العمود من عليه دين مؤجل اذا حلف ماله اليوم قبله شيء أرجو أن لا يكون به بأس ان كان لا يقصد به انواعه (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجلا بالدرك فاستحققت لم يأخذ الكفيل) وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول يعنى لم يطالبه (حتى يقضى له بالثمن على البائع لان مجرد الاستحقاق) أو القضاء به وبالبيع (لا ينتقض البيع) أى لا ينسخ (على ظاهر الرواية) واحتراز ظاهر الرواية عن رواية الامالى عن أبي يوسف أنه يأخذ الكفيل قبل أن يقضى على البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك على الكفيل وجه الظاهر ما ذكر من أن مجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع فالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود الى ملك المشتري حتى لو كان الثمن عبدا فاعاقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نفذ عاقبه وكذا لو كان المشتري باعها من غيره فاستحققت من يد الثاني ليس للمشتري الاول أن يرجع على بائعه مالم يرجع عليه المشتري الثاني كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد وإذا لم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل بخلاف ما لو قضى بحرية العبد ونحوه لان البيع يبطل به لعدم المحل ف يرجع المشتري على البائع فاستحقاقه بطلان رأسا وما نحن في حقه استحقاق ناقل للملك فحليته للملك باقية واحتمال اجازة المستحق للبيع القائم ثابت فبأنقى هذا الاحتمال يبقى المالك بخلاف ما اذا قضى على البائع برد الثمن لارتفاعه حيثئذ وصح في فصول الاستروشنى أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء القاضى وبعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن والرجوع بالقضاء يكون فسحاثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغلبة ودعوى الوقف في الارض المشتراة أو انها كانت مسجدا أو يشارك الاستحقاق الناقل في أن كلامهم ما يجعل المستحق عليه ومن ثلث ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم حتى انه لو أقام واحد منهم البيئة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بيته ويختلفان في أن كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه مالم يرجع عليه ولا يرجع على كفيل الدرك مالم يقض على المكفول عنه وأسلفنا من مسائل الاستحقاق حمله وقوله (وموضعه) أى الاستحقاق (أوائل الزيادات في ترتيب الاصل) يريد ترتيب محمد فانه بدأ باب المأذون واحتراز بالاصل عن ترتيبه الكاش لأن فانه ترتيب

ترتيب محمد فانه افتتح كتاب الزيادات باب المأذون بخلاف الترتيب سائر الكتب تبركنا أملى به أبو يوسف فان محمد أخذ الى ما أملى وبين أبو يوسف بابا بابا وجعله أصحلا وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف (قوله ووجب للمشتري الخ) اقول فيه شيء الآن يكون وجب بمعنى ثبت

وزيادته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء ملاءم أبي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبركاه  
 ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) ذكره هنا ثلاث  
 مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد  
 اختلفوا فيه فاما باطل لان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لاشتراك وقع في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو  
 ملك البائع غير مضمون عليه وبالمسحون على الاصيل لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد  
 والعقد واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى  
 خيار الشرط كما جاء في الحديث عهددة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار (٤٣٥) الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به

عليه فصار مبهما تعذر  
 الحمل به وأما جواز الثاني  
 أي ضمان الدرك فان العرف  
 فيه استعماله في ضمان  
 الاستحقاق فصار مبينا له  
 فوجب العمل به وأما الثالث  
 فأبو حنيفة رحمه الله قال  
 هو عبارة عن تخلص  
 المبيع وتسليمه لاحالة أي  
 على كل حال وتقدير وهو  
 التزام ما لا يقدر على الوفاء به  
 لانه ان ظهر مستحقا فربما  
 لا يساعده المستحق أو حرا  
 فلا يقدر مطلقا والتزام  
 ما لا يقدر على الوفاء به باطل  
 وهما جعله بمنزلة الدرك  
 تصحح للضمان وهو تسليم  
 المبيع ان قدر عليه  
 أو تسليم الثمن ان عجز عنه  
 وضمن الدرك صحيح وأجيب  
 بأن فراغ الذمة أصل فلا  
 تشتغل بالشك والاحتمال  
 ذكر أبو زيد في شروطه

(ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك  
 القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حق وقبه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل  
 ذلك وجه فتعذر العمل به بخلاف الدرك لانه استعمال في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص  
 لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخلص المبيع وتسليمه لاحالة وهو غير قادر عليه  
 وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح

أي عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن فانه غير ترتيب محمد الى ما هي عليه الآن وانما سماه محمد  
 بالزيادات لان أصول أبوابه من أمالي أبي يوسف فكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام أبي يوسف أصلا ثم  
 يزيد عليه نقر بعائنه (قوله) ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل لان هذه اللفظة  
 مشتبهة المراد فانها (تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه) وقال الشيخ أبو بكر الرازي هو  
 كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو بمنزلة من ضمن له رجل ملكه وفي بلادنا يقال لخا ص منه وهو مكتوب  
 شراء الجوارى وتقال لنفس العقد لان العهد من العهد كالعقد من العقد والعهد والعقد واحد  
 وتقال على حقوق العقد لانها من ثمراته وعلى خيار الشرط وهي في الحديث عهددة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار  
 الشرط فيه ولكل ذلك وجه قديما واذا تعددت المذاهب تعذر العمل بها قبل البيان (بخلاف) ضمان  
 (الدرك) فانه استعمال في ضمان الاستحقاق عرفا) فلا تعذر وذكر بعض المشايخ ان عند أبي حنيفة  
 ضمان العهدة هو ضمان الدرك (ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة لانه عبارة عن تخلص  
 المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع) ان قدر عليه  
 (أو) تسليم (قيمه) وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي الخصاص أن تفسير الخلاص والدرك  
 والعهد واحد عند أبي يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحا لانه ضمان الدرك عندهما تصحح الكلام  
 فتمت اللفاظ ثلاثة ضمان الدرك جائز بالاتفاق وضمن العهدة لا يجوز باتفاق ظاهر الرواية وضمن  
 الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر أبو زيد في شروطه أن أبو حنيفة وأبو يوسف كانا يكتبان  
 في الشروط فمأدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن وان لم يذ كر رد الثمن فسد لانه يبقى  
 الضمان بتخلص المبيع وعلم من هذا أن الخلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا أما اذا قال  
 خلاص المبيع أو رد الثمن أو اراد ذلك وانفق على ارادته فيجوز بالاجماع

ان أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط فمأدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن فهذا يشير الى ان  
 بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز تقييل وعلى هذا في كلام المصنف نظر لان الواجب عند  
 العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بأن المراد به الثمن مجازا شهرة أمره معذرة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز  
 فيما لا يتبس فضيلة هذا ما يدل عليه كلام المصنف وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي الخصاص ان تفسير الخلاص والدرك  
 والعهد واحد عند أبي يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف في العهدة أيضا ثابت وذكر في الفوائد الظهيرة  
 وأما ضمان العهدة فقد ذكره هنا في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا ان عند أبي حنيفة ضمان  
 العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف فكانت اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف  
 والله أعلم بالصواب

## ﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد طبعاً آخر وضع المناسب الوضع الطبع قال (واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه الخ) اذا اشترى الرجلان عبداً بألف فالدين عليهما لا بحالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزدهما على النصف فيرجع بالزيادة لأن كل واحد من الشريكين في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيلاً لا في النصف أصلاً ولا في النصف الآخر كفيلاً فما أدى إلى تمام النصف كان عملاً عليه بحق الاصله صرفاً إلى أقوى ما عليه كالواشترى ثوباً وعشرة دراهم بعشرين درهماً فنقد في المجلس عشرة جعل المنقود عن الصرف لأن الواجب به أقوى لحاجته إلى القبض (٤٣٦) في المجلس وما عليه بحق الاصله أقوى لأنه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبه لادين

## ﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

(واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه كما اذا اشترى بـ ألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزدهما على النصف فيرجع بالزيادة) لأن كل واحد منهما ما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيلاً ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصله وبحق الكفالة لأن الاول دين والثاني مطالبته ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فإصاحبه أن يرجع لأن أدائهما كادته

## ﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

لما نزل هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقبيه (قوله) وإذا كان الدين على اثنين بأن اشترى بـ ألف درهم (أو اقترضهما) (وكفل كل منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزدهما على النصف فيرجع بالزيادة) وجهان أحدهما (ان كلاهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيلاً ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصله وما عليه بحق الكفالة) لقوة الاول وضعف الثاني (لأن الاول دين) عليه (والثاني مطالبته) بلادين (ثم هو تابع) فوجب صرف المؤدى عن الأقوى ثم يدعى على الاضعف على ما هو مقتضى العقل والعادة لا يقال ان هذا يقتضي أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدى بينهما كما هو قول طائفة من مشايخنا ونقله ابن قدامة عن الأئمة الثلاثة لهذا لأن يصرفه بنيتة أو بلفظه إلى أحدهما لأننا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فان الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الاصله لأن الذي انشأ المريض اذا اشترى في مرض موته شيئاً كان من جميع المال ولو كفل كان من الثلث وأيضاً واشترى المريض وعليه دين جاز ولو كفل وعليه دين لا يجوز وأما كونه بصرف بنيتة قلنا التعيين في الجنس الواحد لا في الجنسين وهذا دين واحد حتى لو كان نصف الدين بقرض مثلاً ونصفه ببيع وعين صح في الجنسين بتمتع تعيينه لأنه حينئذ مفيد ثابتهما (انه لو وقع في النصف عن صاحبه) لكفالة كان له أن يرجع عليه به (فإصاحبه أن يرجع) بعين ما يرجع عليه به المؤدى (لأن أدائهما كادته) يعني كفيلاً بأمره (كادته) بنفسه ولو أدى بنفسه يرجع فكذلك ثابته لكن اذا جعله كله

وهي تابعة للدين لا بتناهما على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارضه بل يرجع الدين عليه او يصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة ان لم يكن عليه فيما بحق الاصله متى قاننى المعارضة بانتفاء أحد المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحاً لا لانتفائه (قوله ولأنه) دليل آخر على ذلك أورده بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعى وهو الرجوع على صاحبه مستلزماً لمحال وهو الرجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لأنه يؤدي إلى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله (لأن أداءه)

ثابته كادته) بيان للضرورة وتقريره ان صاحب المؤدى يقول له أنت أديته عني بأمرى فيكون ذلك كاداً ولو أديت عن بنفسى كان لي أن أجعل المؤدى عنك فان رجعت على وأنا كفيلاً عنك فأنا أجعله عنك فأرجع عليك لأن ذلك الذي أديته عني

## ﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

(قوله وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحاً لا لانتفائه) أقول ضميراً انتفاها راجع إلى المعارضة وضميراً لا لانتفائه راجع إلى أحدهما (قوله مستلزماً لمحال وهو الرجوع صاحبه عليه) أقول قوله وهو راجع إلى محال قال المصنف (لأن أدائهما كادته) فيؤدي إلى الدور) أقول في الملازمة ما لا يخفى قوله لأن أدائهما كادته أن أريد كادته عن نفسه بحق الاصله أو ما يعمه فسلم ولا يفيد وان أريد كادته بحق الكفالة فممنوع وكيف يكون أداء كفيله عنه كادته عن كفيله فليست أملاً

رجلان عن رجل بل على  
ان كل واحد منهما كفيل  
عن صاحبه) بكل المال  
وعن الاصيل كذلك  
فاجتمع على كل واحد من  
الكفيلين كفالتان كفالة  
عن الاصيل وكفالة عن  
الكفيل وتعددت المطالبة  
لكل واحد منهما مطالبة  
له على الاصيل وأخرى على  
الكفيل فصح الكفالة  
عن الكفيل لان موجب  
الكفالة التزام المطالبة  
وعلى الكفيل مطالبته  
تصح الكفالة عن الكفيل  
كما تصح عن الاصيل وكما  
نصح حواله المحتال عليه بما  
التم على آخر وهو معني  
قوله ومعنى المسئلة في  
الصحيح (وكل شئ أداه  
أحد همارجع على شريكه  
بنصفه قليلا كان المؤدى أو  
كثيرا) لان ما أدى أحدهما  
وقع شائعا عنه ما اذ الكل  
كفالة فلا ترجح البعض  
على البعض بخلاف  
ما تقدم فان الاصل في  
النصف رابحة بعد صورة  
المعارضة بينهما وبين  
الكفالة واذا وقع شائعا  
رجع على شريكه بنصفه  
ولا يؤدي الى الدور لان  
قضته الاستواء وقد حصل

عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع ما يرجع به صاحبه واللام يكن له أن يرجع الا بنصف ما يرجع  
به صاحبه بيانه أدى الاول مائتين يرجع بنصفها لانه في احدى المائتين اصل بل فاذا رجع به على  
صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكتلتهم ما الا اذا اعتبر نفسه مؤديا كلها عن صاحبه المؤدى حقيقة  
واللام يرجع الا بنصفها لانه لو أداها حقيقة بنفسه انصرف منها اخسون الى ما عليه اصالة وخسون  
الى ما عليه كفالة وانما يرجع بما عليه من الكفالة (فيؤدى الى الدور) وما يؤدى اليه ممنع فيمنع  
رجوعه فلم يقع عن صاحبه والا تغير حكم الشرع اذا الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد  
علمت أنه امتنع للدور واعلم ان ليس المراد حقيقة للدور فانه توقف الشيء على ما يتوقف عليه ورجوع  
المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل اذا رجع الا آخر أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل  
ان شاء أعطاه ما أخذ منه فاذا رجع الا آخر استفاده أو أعطاه غيره وكذا الاول فاللازم في الحقيقة  
التسلسل في الرجوعات بينهما فيمنع الرجوع المؤدى اليه والحق ان هذا الوجه باطل لان رجوع  
المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعا اعتبار المؤدى عنه انه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لانه اعتبار  
باطل يؤدى الى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى الى الطاب وهو نقيض ما يطع به  
من الشرع ان المؤدى هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى وكيف يكون أداء الانسان عن غيره  
سبب لان يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذا مجازفة عظيمة (قوله) واذا كفّل رجلان عن رجل  
بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداء أحدهما يرجع على شر يكه بنصفه قليلا  
أو كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشر يك والمطالبة  
متعددة من غير نظر الى اتمام الدين أولا (فتجتمع الكفالتان وموجبهما التزام المطالبة فتصح  
الكفالة عن الكفيل) لانه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفله (كما تصح عن الاصيل)  
بالتزام المطالبة بما عليه (وكما تصح الحوالة من ائتمان عليه) للعلل بما أحيل به عليه على آخر (واذا  
عرف هذا فما أداء أحدهما موقع شائعا عنهما اذا لكل كفالة) ما عن نفسه وما عن الكفيل الا آخر  
(فلاتر جميع البعض على البعض) ليقع النصف الاول عن نفسه خاصة (بخلاف ما تقدم) واذا لم يرجع  
ما عليه من جهة المدون وما عليه من جهة الكفيل الا آخر (فيرجع على شر يكه بنصف جميع ما أدى  
ولا يؤدى الى الدور لأن قضية هذا الاستواء) للاستواء في العلة وهي الكفالة (وقد حصل رجوع  
أحدهما) وهو المؤدى (بنصف ما أدى فتقضى رجوع غير المؤدى بلا موجب بخلاف ما تقدم) لا استواء  
فيه في العلة فان أحدهما علته أقوى من الاخر فلم يستويا فلم يستويا فكذا لا يرجع الا بما زاد على

رجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض رجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم  
قال المصنف (وبالكل عن الشريك) أقول فيه بحث قال المصنف (فتجتمع الكفالتان على ما مر) أقول قبل ورقتين في تعليل  
قوله ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان

لان كل واحد منهما يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشراؤه بنفسه ونصفه بكفالة عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدي الى الدور كما تقدم وانما قال في الصحيح لينا في القروع المبنية على ذلك فانه قال (ثم يرجعان على الاصيل لانهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والاخر بذاتيه) ولولم يكن كل منهما كفيل عن الاصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لانهما اوقال (وان شاء) يعني من أدى منهما شيئا (رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بأمره) ولو كان أحدهما كفيل عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل وقال (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بأكمله (٤٣٨) على ما بيناه) من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وهذا أخذ به وهو ظاهر

قال (واذا افرق المتفاوضان فلا صحاب الدين أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين الخ) اذا افرق المتفاوضان وعليهما دين فلا صحابه أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع ذلك فان أدى أحدهما شيئا لم يرجع على شريكه بشئ حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وحينئذ كان للغرماء أن يطالبوا أيهما شاءوا بجميع الدين لان الكفالة تثبت بعقد المفوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق فاذا طلبوا أحدهما وأخذوا الدين منه ليس له أن يرجع على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة الخ) واذا كوتب العبدان كتابة واحدة واحدة

ثم يرجعان على الاصيل لانهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والاخر بذاتيه (وان شاء رجعا بالجميع على المكفول عنه) لانه كفل بجميع المال عنه بأمره قال (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بأكمله على ما بيناه وهذا يأخذ به قال (واذا افرق المتفاوضان فلا صحاب الدين أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين) لان كل واحد منهما ما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف) لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجعا على صاحبه بنصفه) ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطر يقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقه ما ملقا بأدائه ويجعل كفيل بالالف في حق صاحبه

النصف وهذا الفرق باعتبار الوجه الاول في المسئلة الاولى ولو كان الوجه الثاني صحيحا لم يقع فرق باعتباره لان مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدى واحتماله به عن المؤدى وهذا يمكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذي ترجع على به بسبب أنك أدبته عني هو كادائي بنفسه فكأنى أنا الذي أدبته واحتملته عنك فأنأرجع عليك به ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق الا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الاول (ثم يرجعان) يعني الكفيلين المتكافلين (على الاصيل لانهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والاخر بذاتيه وان شاء رجعا الكفيل المؤدى بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بأمره) ثم أداه (ولو أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بأكمله) قوله (واذا افرق المتفاوضان فلا صحاب الدين أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين لان كل واحد منهما ما كفيل عن صاحبه على ما عرف في كتاب الشركة) من ان شركة المفوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكذلك كل عن الآخر الا بالاستثنى (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين) المدونين بدين واحد والله الموفق (قوله) واذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بأن قال مثلا كاتبك على ألف الى عام (وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجعا بنصفه على صاحبه ووجهه ان هذا العقد وهو عقد الكفالة (جائز استحسانا) خلافا للائمة الثلاثة كلوا كانت الكفالة واحدة فقط ولانه كفالة تبطل الكتابة وهو باطل وأيضا شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة ووجه الاستحسان

وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صحت ذلك استحسانا والقياس بخلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة تبطل بالكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلا أما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه وأما بطلان الكفالة ببطلان الكتابة فلما مر من أنها تقتضي ديناً صححاً او بطلان الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقه ما ملقا بأدائه أي بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما ان أدبت الالف فانت حر وهذا وإن يجعل كل واحد منهما كفيل بالالف عن صاحبه

قال المصنف (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) أقول ليس هذا موضع مال (قوله أي بأداء كل واحد منهما) أقول الاولى أن يطرح كلمة كل فانهم ما يعتقان بأداء واحد منهما

كاسند كره في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قد سبق او اما اذا اختلفت الكتابتان فان عتق كل واحد منهما  
تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحه بهذا الطريق واذا عرف ذلك عرف استوائهما في الوجوب عليهم بالاستتواء في العلة أعنى  
الكفالة فكان كل البذل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البذل فإداه أحدهما رجع بنصفه  
على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل أو لم يرجع بشئ لان نفقت المساواة ولو لم يؤد بأشياء حتى أعتق المولى أحدهما صح العتق  
لمصادفة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه مارضى بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى  
النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقيته ما حتى يكون موزعا منقسما عليهم وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا  
لتصحيح الضمان فكان ضرور بالاعتدال غير موضعها واذا أعتق استغنى عنه (٤٣٩) وانتفى الضرورة فاعتبر بمقابل برقيتهما

ولهذا ينصف وعورض  
بأنه اذا كان مقابلا لم  
كان على كل واحد منهما  
بعضه فيجب أن لا يصح  
الرجوع ما لم يرد المؤدى  
على النصف لئلا يلزم الدور  
كامر وأجيب بأن الرجوع  
بنصف ما أدى انما هو للنحرز  
عن فريق الصفقة على  
المولى لان المؤدى لو وقع  
عن المؤدى على الخصوص  
برئ بائنه عن نصيبه وعتق  
لان المكاتب اذا أدى ما عليه  
من بدل الكتابة عتق والمولى  
شرط عليهم أن يؤد باجتماع  
ويعتق جميعا فكان في  
التخصيص اضرار للمولى  
بتفريق الصفقة فأوقفنا  
المؤدى عنهم جميعا واذا بقي  
النصف على الآخر فلم يولى  
أن يأخذ به أيما شاء أما  
المعتق فبالكفالة وأما  
صاحبه فبالاصالة قبل  
أخذ المعتق بالكفالة

وسند كره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه  
لاستوائهما ولو رجع بالكل لا تحقق المساواة قال (ولو لم يؤد بأشياء حتى أعتق المولى أحدهما جاز  
العتق) لمصادفة ملكه وبرئ عن النصف لانه مارضى بالالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق  
وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقيتهما وانما جعل  
على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر بمقابل برقيتهما فلهذا  
ينصف وللمولى أن يأخذ بخصصة الذي لم يعتق أيما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان أخذ  
الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدى لانه مؤد عنه بأمره وان أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه  
أدى عن نفسه والله أعلم

#### باب كفاية العبد وعنه

انه يمكن أن يعتبر به وجهه بصره فيحمل عليه وهو أن يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا  
بأدائه كما في الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر  
معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بما يجمع المال بحكم الاصل لا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما  
فينقسم عليهم ما يخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل منهما معلق بمال عليه على حدة فتعذر  
تصحيحه وفيما ورأى ذلك الاعتبار الصحيح الحقيقة هي المعتبة حتى ان ما أداه أحدهما رجع بنصفه على  
صاحبه لاستوائهما (ولو لم يؤد بأشياء) حتى ان المولى (أعتق أحدهما جاز لمصادفة ملكه وبرئ عن النصف  
لانه مارضى بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى عتقه ولم يبق وسيلة) لحصول عتقه بطريق آخر (فيسقط  
ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقيتهما وانما جعل على كل منهما احتيالا لتصحيح  
الضمان) والحامل علمه تشوف الشارع الى العتق (فأذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر بمقابل برقيتهما  
فوجب أن ينصف وللمولى أن يأخذ بخصصة الذي لم يعتق أيما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة)  
وأورد عليه انه يستلزم كون الرقيق ضامنا لبذل الكتابة وهو لا يجوز أجيب بأن هذا في حالة البقاء لا في  
الابتداء كالمومات شهود النكاح (فان أخذ الذي عتق رجع على صاحبه بما أدى وان أخذ الآخر به  
لم يرجع) على الذي عتق (لانه) رعا (أدى عن نفسه)

#### باب كفاية العبد وعنه

وهي باطلة وأجابوا بأن كل واحد منهما كان مطلقا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق  
النسبة فان أخذ الذي أعتقه رجع على صاحبه بما أدى لانه أداه عنه بأمره وان أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشئ لانه أدى عن نفسه

#### باب كفاية العبد وعنه

حق هذا الباب التأخير لان العبد متى أخر عن الحرام انشرفه واما لان الاصل في بني آدم هو الحرية ووضع ترتيبه يقتضى تقديم كفاية  
العبد في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه

#### باب كفاية العبد وعنه

(قوله ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق) أقول وبذلك الكفاية عن العبد بالقرب (قوله وفيه ما فيه) أقول فان عادة المصنفين  
ذكر الاجمال على وفق التفصيل وفيه منع

قال (ومن ضمن عن عبدا لا لا يجب عليه الخ) قوله لا لا يجب عليه صفة مالا وجواب المسئلة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد رحمه الله في الجامع الصغير وهي قول محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستملك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال الى عبارته في الكتاب لان عبارة محمد تحتاج الى تأويل فان العبد اذا استملك المال عيانا يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا أقر بالاستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا أودع مالا فاستهلكه فانه لا يؤخذ به في الحال بل بعد الاعتاق عن أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وأما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبدا لا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره (٤٤٠) فلا يحتاج الى شئ لتناوله ما اذا أقر العبد باستهلاكه لاهال وكذبه المولى أو أقرضه

انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة غير اذن المولى أو أودعه انسان فاستملكه فانه لا يؤخذ بذلك كله لاهال أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقدور والتسليم للكفيل فتصح كافي سائر الديون سواء كانت في ذمة المولى أو المفلس وأما كونها حالا فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطلب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسر اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضى وصار كالكفالة عن غائب تصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب عن المطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانها تصح ويؤخذ به الكفيل في

(ومن ضمن عن عبدا لا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال) لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا أنه لا يطلب لعسره اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر عن خرجه اذا أدى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبدا لا وكفل له رجل بنفسه فبات العبد برئ

آخر ما يتعلق به لتأخره بالرد بالرق (قوله ومن ضمن عن عبدا مالا) موصوفا بكونه (لا يجب على العبد حتى يعتق) كأن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور فانه لا يجب عليه الا بعد عتقه وكذا اذا أودع شيئا فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة غير اذن المولى بخلاف ما لو كان استهلاكه لاهال معايناه لوما فانه يؤخذ به في الحال فاذا كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه الا بعد الحرية من غير أن يشترط في الكفالة تأجيلا (و) هذا هو المراد بقوله (لم يذ كر حالا ولا غيره لزم) الكفيل (حالا لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة) وعدم الاجل وكيف والعتق لا يصلح أجالا لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلا (و) انما (لا يطلب به لعسره اذ جميع ما في يده ملك المولى لم يرض بتعلقه به) أي يتعلق الدين بملكه (والكفيل غير معسر) فالمانع الذي تحق في الاصيل منتف من الكفيل مع وجود المقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال (فصار كالوكف) ل عن مفلس أو غائب (يلزمه في الحال مع أن الاصيل لا يلزمه وهذا أحسن في حياول هذه الكفالة بخلاف وجه تأخير الدين الى العتق وهو العسر وعدم رضا المولى فانه لو لم يرض تأخير دين الاستهلاك المعين لعسره وعدم رضا المولى بل الوجه عدم نفاذ تصرف غير المولى في حقه بما يضره أعني تصرف المقرض والبائع للعبد ولم يرض بايداع المودع عند عبده ولا يتمكن المرأة وعدم نفاذ قول العبد في حق المولى اذا كان يكذبه بخلاف الاستهلاك المعين فانه ليس فيه أحد هما فينفذ في حقه دفعا لضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه ان كان له كسب والاتباع رقبته فيه الا أن يفديه المولى هذا هو المرجع في قول محمد في العبد الذي يستملك المال الذي لا يجب حتى يعتق (بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر عن خرجه) صحيح ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعين ينبغي أن يرجع قبل العتق اذا أدى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه وبحيث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد أو السيد وقوى عندى كون المعتبر امر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه (قوله ومن ادعى على عبدا لا وكفل له رجل بنفسه فبات العبد برئ

الحال وان كان في حق الاصيل متأخرا الى الميسرة فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم يجعل هذا الكفيل بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضا الا بعد الاجل أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر يعني ان الدين ثمة تأخر عن الاصيل بمؤخر أى بأمر يوجب التأخير وهو التأجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد التزم الكفيل ذلك فزعمه مؤجلا ثم اذا أدى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال (ومن ادعى على عبدا مالا الخ) الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حرا أو عبدا فانه عوته يبرأ

(قوله الى عبارته في الكتاب) أقول قوله الى متعلق بقوله عدل في قوله وعدل عن عبارة محمد

الكفيل لبراءة الاصيل كالمو كان حرا وذكروه تهيدا لقي بعدها وليان الفرق بينهما (فان ادعى رقبة العبد على ذى اليد فكفل به رجل  
فبات العبد فاقام المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجه يخلفها القيمة) عند العجز عن ردها  
واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة (٤٤١) بما على الاصيل وقد انتقل

الضمان في حق الاصيل  
الى القيمة فكذا في حق  
الكفيل بخلاف الاول أى  
الضمان الاول لان محل  
ما التزمه وهو العبد قد  
فات وسقط عن العبد  
تسليم نفسه فكذا عن  
كفيله وانما قيده باقامة  
البينة احترازا عما اذا  
ثبت المالك له باقرار ذى  
اليده أو بشكوه عن البين  
حيث تقضى بقيمة العبد  
المبت على المدعى عليه  
ولا يلزم الكفيل لأن  
الاقرار حجة قاصرة الا اذا  
أقر الكفيل بما أقر به  
الاصيل قال (واذا  
كفل العبد عن مولا  
بأمره الخ) اذا كفل  
العبد عن مولا بأمره  
فالحال لا يخفى اما أن  
يكون عليه دين مستغرق  
أولا فان كان الاول لم تصح  
كفالة لحق الغرماء وان  
كان باذن المولى وان كان  
الثانى صححت ان كانت بأمره  
لان مالته لمولاه فله أن  
يجعلها بالدين بالرهن  
والاقرار بالدين واذا كفل  
المولى عن عبده فهى  
صححة سواء كانت بالنفس  
أو المال مدبونا كان العبد

الكفيل) لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا قال (فان ادعى رقبة العبد فكفل به  
رجل فبات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته) لان على المولى ردها على وجه يخلفها  
قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف  
الاول قال (واذا كفل العبد عن مولا بأمره فعتق فأداه أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق  
لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال زفرير جمع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى  
تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بأمره أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال لانه تحقق  
الموجب الرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع  
لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً وكذا العبد على مولا فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره  
الكفيل لبراءة الاصيل) وهو ظاهر لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حرا أو عبداً وانما فرضها في العبد  
ليرتب عليه مسئلة دعوى الرقبة وهى قوله (فلو كان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فبات العبد فاقام  
المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبة العبد على وجه يخلفها قيمتها وقد  
التزم الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل) فهو كالمو كفل بالمعصوب  
حيث يؤخذ برده عنه فان عجز بقيمتها فخالصه انه كفل بمال هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف  
ماله كفل بالمال الذى على العبد فبات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحر فبات  
الحر مفلسا لا يبرأ الكفيل في قولهم جميعا بخلاف من كفل عن المكفول بعد موته على ما تقدم من  
الخلاف فيه (قوله) واذا كفل العبد عن مولا بأمره فعتق فأدى أو كان المولى كفل عن عبده وأدى  
بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر) بشئ (و) نقل (عن زفرير رحمه الله) في شرح الجامع  
(انه يرجع) قال المصنف (ومعنى الوجه الاول) يعنى ضمان العبد عن سيده (أن لا يكون على  
العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده) وهذا لان الاصل ان كفالة العبد لا تصح مطلقا لان الكفالة  
انما تصح من يصح منه التبرع على ما قدمناه أول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون غير أن أمر  
السيد به فافك للعجز عنه فيه فتصح حتى يتابع رقبته في دين الكفالة اذا كفل لغير السيد باذن السيد فاذا  
كان على العبد دين لا يملك السيد مالته لتعلق حق الغرماء بها فلا يعمل أمره اياه بالكفالة بخلاف  
ما اذا لم يكن عليه دين فان لمولاه الحق في مالته فيعمل اذنه له في أن يكفل عنه وفي بعض نسخ الهداية  
ومعنى المسئلة أن يكون عليه دين وليس صححة لما بينا أما كفالة السيد عن العبد فصحة على كل حال  
سواء كان على العبد دين أولا فان قبل دين العبد الذى يظهر في حق المولى يقضى من مالته وهى ملك  
المولى فأى فائدة في هذه الكفالة أجيب بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أو لا معه ليقضى  
من جميع أمواله بخلاف ما اذا لم يكفل فانه لا يلزمه عينا الا أن يسلمه لبيع وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل  
الغرماء الى غم الدين وبالكفالة يصلون (لزفرير رحمه الله) انه تحقق الموجب الرجوع وهو الكفالة  
بأمره والمانع وهو كونه عبده) ولا يستوجب واحد من السيد والعبد ديناً على الآخر (قد زال)  
بالعتق فان الاداء منهما بعده فيجب الرجوع (ولنا انها وقعت) من كل منهما (غير موجبة للرجوع) بما  
قلنا ان واحد منهما لا يستوجب ديناً على الآخر (فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره

(٥٦ - فتح القدير خامس) أو غير مدبون فاذا صححت الكفالة وأدى العبد ما كفل به بعد عتقه أو أدى المولى ذلك بعد  
عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفرير يرجع لان الموجب الرجوع وهو الكفالة بالأمر تحقق والمانع وهو الرق قد زال  
وقلنا هذه الكفالة قد انعدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولا ديناً اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى  
لا يستوجب على عبده ديناً بحال وكل كفالة تنعد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره

بغير أمره فبلغه فأجاز فان التكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشئ لذلك وفوقض بأن الراهن اذا أعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فانه يرجع به على المولى مع أن العبد هنالك لا يستوجب ديناً على مولاه وأجيب بأنه مغالطة فان كلامنا في أن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وفيماد كرت الحر يستوجب ديناً لأن استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفيل به حر أو عبد وانما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البديل وكل دين يكون للمولى عليه أيضاً غير بدل الكتابة أما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس أن لا يصح إيجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً من المال لكن قول القياس بقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر أى ثابتاً من وجهه دون وجهه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضاء ما دينا مستقر لان التوثيق المطالبة وإذا كان غير مستقر جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل قد تكون هزواً ولعياً (قوله ولانه) دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط الا بالاداء أو الابرار وقوله (ولا يمكن اثباته) دليل (٤٤٣) آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببديل الكتابة وتقريره أن الكفالة ان صحمت به فلا

يخلو اما أن يكون ثبوته على التكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو أن يسقط بتعجز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجز الاصيل نفسه أو مطلقاً ولا يسيل الى كل واحد منهما أما الاول فظاهر لان الاصيل بتعجز نفسه يرد رقيقاً لمولاه كما كان والتكفيل ليس كذلك وأما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقاً لمعنى الضم ونقياً للزيادة على الملتزم ألا ترى ان الدين لو كان على الاصيل مؤجلاً كان على التكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيداً أو زبناً على

بغير أمره فبلغه (فأجاز فأدى الكفيل لا يرجع) لان معنى الامر وان تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لان الاصل ان ما يقع لازماً لا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد لا يستوجب على الآخر ديناً الا أن يكون العبد مدبوناً خفيئاً مذنباً له الدين على السيد وإذا وقعت غير موجبة فلا انقلب موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائه حكم الابتداء لانها تقع لازمة وقد تطلب بالفرق بين هذه وبين الراهن اذا أعتق العبد الرهن وهو معسر فان العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا أجيب بأن استيجاب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن فيه تناف وقت استيجاب الدين لحر بينهما اذ كان رجوع على المولى اما هناف زمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبداً فيه (قوله ولا تجوز الكفالة ببديل الكتابة حر تكفيل به أو عبد) وكذا لا تجوز بمال آخر للسيد على المكاتب (لانه) أى عقد الكتابة (ثبت مع المنافي) وهو عبديته للسيد المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم وذلك يقتضي نفي الدين للسيد على عبده وان ثبت فأنما ثبت على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشوف الشارع اليه فيقتصر عليه (فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط) هذا الدين (ولا يمكن اثباته) أى اثبات هذا الدين (على هذا الوجه على التكفيل) وهو كونه اذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه (وإثباته مطلقاً) في ذمة الكفيل عن هذا الوصف (ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد) ولو أثبتناه على الاطلاق على الكفيل وعلى

الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متقدم مع المقيد فلو ألزمناه مطلقاً لزم الزام الزيادة على ما التزم وهو غير ممكنه جائز وأما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه يسقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها لا بتناؤها عليها الاول لاها لم يستوجب المولى عليه شيئاً

(قوله وانما قال بمال الكتابة الخ) أقول فيه رد لصاحب النهاية حيث قال التخصيص بمال الكتابة غير مفيد فانه كما لا تجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمولى لا تجوز بدين آخر للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب ذكره في المسوط انتهى الآن في تعليل مال الكتابة لما سوى بدل الكتابة تأملاً (قوله أما في بدل الكتابة الى قوله وتقريره أن الكفالة ان صحمت الخ) أقول وتقريره الاول عندى ان مال الكتابة دين ثبت مع المنافي في النص وكل ما هو كذلك لا يظهر في غير مورد النص فهذا الدين لا يظهر في حق الكفالة وتقريره الثاني انه دين لو عجز نفسه سقط وكل ما هو كذلك لا يصح الكفالة به لانه لو كان ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل والكفالة لتوثيق المطالبة فلا فائدة فيها فليتأمل ثم أقول قوله ولانه دليل آخر على عدم استقراره محل بحث اذا لا يخفى نبوء كلام المصنف عما ذكره بل الظاهر أن قوله ولانه دليل آخر على المدعى وقوله ولا يمكن اثباته تنهيم للدليل والله الهادي الى مستقيم السبيل (قوله أما الاول فظاهر) أقول فيه تأمل (قوله وأما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز الخ) أقول معطوف على ما تقدم بنصف صحيحة وهو قوله أما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر (٢) قوله أن ما يقع في نسخة العلانة البحر اوى أن ما لا يقع وكتب عليها بالهامش أصل النسخ بمحذوف لانه في نسخة فلينا مل مع ما يأتي اه

(وبدل السعاية كمال الكتابة) في عدم جواز الكفالة به لاو (على قول أبي حنيفة رحمه الله لكونه ديناً غير مستقر لثبوته مع المنافي) لما ان أحكام المستسمى أحكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المراتين وتنصيف الحد ود وغيرهما وعلى قوله ما تصح لان بدل الكتابة لم يكن مستقر السقوطه بالتعجز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحرم المديون والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

### ﴿ كتاب الحوالة ﴾

الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيها التزاما بما على الاصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعارة كل منهما لالاخر اذا اشترط موجب احدهما للآخر عند ذكر الاخرى ولكنه اخرج الحوالة لانها تتضمن براءة (٤٤٣) الاصيل والبراءة تنفقوا الكفالة

فكذا ما يتضمنها والحوالة في اللغة هي النقل وحروفها كيفما تركبت دارت على معنى النقل والزوال وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثيق به وأما شرطها فسنذكره في أثناء الكلام وكذا حكمها وأنواعها

### ﴿ كتاب الحوالة ﴾

قال في البدائع الاصل أن كل ما لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به انتهى لا تصح الحوالة به انتهى وفي التتارخانية أنه يجوز إحالة المكاتب سيده على رجل مقيم بدين أو غصب أو ودعية وإذا صححت الحوالة برئ المكاتب وعق وقال فيه وإن أحال سيده غريمه على مكاتبه ولم يقيده ببديل الكتابة لا تصح وإن قيد ببديل الكتابة صححت وصار

المكاتب وكيلًا عن السيد باداء بدل الكتابة الى غريمه ولا يعتق ما لم يؤد فان مات سيده قبل الاداء الى آخر ما ذكر في التتارخانية قال الاتقاني يحتاج ههنا الى معرفة أربعة أشياء المحيل وهو الذي عليه الدين والمحتال له وهو الدائن والمحتال عليه وهو الذي قبل الحوالة والمحتال به وهو المال انتهى وفي معراج الدراية يقال أحلت زيداً بماله على رجل فاحتال أي قبل فأنما يحيل وزيد محال ومحتال والمال محال به والرجل محتمل عليه ومحال عليه وتقدير المحتال في الفاعل على محتمل بكسر الواو وفي المفعول بالفتح وقوله لهم للمحتال له لغولانه لاجابة الى هذه الصلة ويقال للمحتال حويل (قوله والبراءة تنفقوا الكفالة) أقول اذا لم يكن بأمر (قوله وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين الخ) أقول هذا التعريف بناء على الصحيح مما اختلف فيه المشايخ على ما سيجي

وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة لانه كالمكاتب عنده

### ﴿ كتاب الحوالة ﴾

تمكينه من اسقاطه على الاصيل لم يتعهد الدين عليهما (وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب عنده) للعلة الاولى لان له أحكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ولا يتزوج أكثر مننتين وينصف حده وقسمها دون العلة الثانية اذ لا يقدر على أن يقطع عنه دين السعاية بتعجز نفسه وعندهما تصح الكفالة به لانه حرم مديون عندهما وأما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة بخاتمة وأما العبد التاجر اذا كان مولاه ديناً فان لم يكن على العبد دين وأخذ منه كفيلة فالكفالة باطلة لان العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وان كان عليه دين صححت الكفالة لان كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجبا في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة والكفالة بالنفس مثل ذلك ان لم يكن على العبد دين لا تصح وان كان صححت

### ﴿ كتاب الحوالة ﴾

الحوالة تناسب الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثيق الا أن الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة على ما سنعلم بخلاف الكفالة لا تتضمنه فكانت كالركب مع المفرد والمفرد مقدم فأخرج الحوالة عنها وأيضاً أثر الكفالة أقرب الى الاصل وهو عدم السقوط بعد الثبوت وأثر الحوالة أبعد منه والحوالة اسم من الاحالة ومنه يقال أحلت زيداً بماله على عمرو فاحتال أي قبل فأنما يحيل وزيد محال ويقال محتال والمال محتال به والرجل محال عليه ويقال محتال عليه فتقدير الاصل في محتال الواقع فاعلا محتمل بكسر الواو وفي الواقع مفعولاً محتمل بالفتح كما يقدر في مختار الفاعل مختير بكسر الياو وبفتحها في مختار المفعول وأما صـ له مع المحتال الفاعل فلا حاجة اليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فوهما محتال ومحتال عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه وفي المغرب تركب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل الى محل ويقال للمحتال حويل أيضاً فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال رب الدين والمحال عليه والمحتال عليه هو الذي التزم بذلك الدين للمحتال والمحتال به نفس الدين وهي في الشرع نقل المطالبة من ذمة المديون الى ذمة الملتزم بخلاف الكفالة فلم يضمن في المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق وإنما اختلف المشايخ ان الدين أيضاً ينتقل أو لا وسنذكره من قريب فلا أريد التعريف على

قال (وهي جائزة بالدينون الخ) الحوالة جائزة بالدينون دون الاعميان أما الجواز فيعدل عليه النقل والعقل أما الاول فما روى أبو داود وفي السنن وقال حدثنا القعني عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبسع وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث بإسناده إلى أبي هريرة حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه إذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل أمره بالتباعد والاتباع بسبب ليس بعشروع ولا يكون ما مورا به من الشارع فدل على جوازها وأما الثاني فلا لأنه قادر على إيفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة وأما اختصاصها بالدينون فلا لأنها تنبئ عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لافي (٤٤٤) العين وتقريره الحوالة تحوّل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محول شرعي

قال (وهي جائزة بالدينون) قال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملي فليتبسع ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختلفت بالدينون لأنها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لافي العين قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتمل والمحتال عليه) أما المحتال فلا لأن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذم متفاوت فلا بد من رضا وأما المحتال عليه فلا لأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه كره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه

قول الناقلين بخصوصهم قيل نقل الدين أو قول الناقلين قيل نقل المطالبة فقط (قوله وهي جائزة بالدينون) قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبسع متفق عليه وأما بافظ أحيل مع لفظ يتبسع كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن أبي هريرة في الوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم ومن أحيل على ملي فليتبسع ورواه أحمد وابن أبي شيبة ومن أحيل على ملي فليحتل قيل وقد روي فإذا أحيل بالفاء فيفيد أن الأمر بالتباعد للملاءة على معنى أنه إذا كان مطل الغني ظلما فإذا أحيل على ملي فليتبسع لأنه لا يقع في الظلم والله أعلم ثم أكثر أهل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب وعن أحمد لا وجوب والحق الظاهر أنه أمر إباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعا أو المطالبة فإن بعض الاملاء عنده من اللدد في الخصومة والتعسير ما تنكبه الخصومة والمضاررة فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عده لمخافه من تكثير الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاعة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لمخافه من التخفيف على المدينون والتيسير عليه ومن لا يعلم حاله فباح لكن لا يمكن إضافة هذا التفصيل إلى النص لأنه جمع بين معنيين مجازين للفظ الأمر في إطلاق واحد فان جعل للأقرب أضمر معه القيد والافهود دليل الجواز لا لإلجاء على جوازها دفعا للحاجة وانما اختلفت بالدينون لأن النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الاعيان بل المنصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين (قوله وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه) أما المحتال فلا لأن الدين حقه وهو (أي الدين) (الذي ينتقل بها) أي بالحوالة (والذم متفاوتة) في حسن القضاء والمطل (فلا بد من رضا) والالزم الضرر بالزامه اتباع من لا يوفيه (وأما المحتال عليه فلا لأنه) الذي (يلزمه الدين ولا لزوم بالاتزامه) ولو كان مدينونا للمحيل لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ويسر وصعب معسر (وأما المحيل) فالحوالة تصح بلا رضاه كره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو (أي المحيل) (لا يتضرر به بل فيه نفعه)

وهو الدين لأنه وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة فصار أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه وأما العين إذا كان في محل محسوس فلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لأن الحس يكذبه فلا يصدق فيه إلا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال (وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه الخ) شرط صحة الحوالة رضا المحتال لأن الدين حقه وهو أي الدين ينتقل بالحوالة والذم متفاوت فلا بد من رضا ولا خلاف في ذلك لأحد من أهل العلم وأما رضا المحتال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي إن كان للمحيل دين عليه فلا يشترط وبه قال مالك وأحمد لأنه محل التصرف فلا يشترط رضا كإلوا باع عبدا فإنه لا يشترط رضا لأن الحق للمحيل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره كإلوا وكل في الاستيفاء أما إذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضا بالاجماع وقلنا

عاجلا  
أنه الزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم بالبيعة على المنكر الزام بدون الالتزام لأن الحكم انما يظهر بالالتزام لا الزام وأما رضا المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعمل بأن ذوى المروآت قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضا لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه

(قوله وقلنا إنه الزام الدين الخ) أقول فيه بحث فان الدين كان ثابتا في ذمته فليست أم قال صاحب البدائع ولنا أن الحوالة تصرف على المحتال عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم الا بقوله ورضا بخلاف التوكيل بقبض الدين لأنه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب إليه ابتداء بل هو تصرف باداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه انتهى فيه تأمل

لان المحال عليه لا يرجع عليه اذ لم يكن بأمره قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراط الرجوع عليه اذا كانت بأمره وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري أن يكون للحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانما حينئذ تكون اسقاط المطالبة للحيل عن المحال عليه فلا تصح الا برضا والتظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداءً أو هاهنا من المحيل وقد يكون من المحتال عليه والاول حالة وهو فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتمال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحتال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزبادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الاثمة الثلاثة بناء على أن ابقاء الحق حقه فله ابقاؤه من حيث شاء من غير قسم عليه بتعيين بعض الجهات أو عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية الزبادات ليس على ما ينبغي قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول الخ) اذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها برادة المحيل من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضاه من رضاه شرط فيها على ما تقدم وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا فان منهم من ذهب الى أنها توجب برادة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا ومنهم من ذهب الى أنها توجب برأتهم عن المطالبة ومنشأ ذلك ذكر محمد رحمه الله أحكاما تدل على القولين فما يدل على الاول ما قال ان المحتال اذا ذهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته ولا ابرأه ولو بقي الدين في ذمته وجب أن تصح ولو أبرأ المحال عليه أو ذهب الدين منه صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة المحال عليه وبرادة المحيل عنه وما يدل على الثاني أن المحتال اذا أبرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كبراء الكفيل (٤٤٥) ولو انتقل أصل الدين الى المحال عليه وجب

أن يرتد بده كالأبرأ المحيل قبل الحوالة والأصل في الكفالة فان ابراء حينئذ يكون قلمك الدين من عليه الدين والتقليد يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا تقدم بالمحتمل يحسد بر المحتمل على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كالأجنبي والأجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر رب المال لا تصح لبراءته بالحوالة وعند محمد على قبوله قالوا والاول هو الصحيح لانه تصرف في تحويل الدين فيجب

لانه لا يرجع عليه اذ لم يكن بأمره قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول) وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما

عاجلا بان دفاع المطالبة عنه في الحال وأجلا بعدم الرجوع عليه (لانه لا يرجع الا بأمره) وحيث تثبت الحوالة بغير رضاه كان بغير أمره وأول في الاوضح المذكور في القدوري بما اذا كان للبعث على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فان قبول الحوالة حينئذ من المحتال عليه يكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن نفسه أعني نفس المحتال عليه فلا تصح الا برضاه كذا في الخبازية واشترط رضا المحيل قول الاثمة الثلاثة قالوا لان للحيل ابقاء ما عليه من أي جهة شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات فهرا ونقل ابن قدامة ان رضا المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح وصورته أن يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان ألف فاحتل بها على فرضي الطالب وأجازت الحوالة حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك وسنين الحق فيه عندنا هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة الا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتتوقف على اجازته اذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو اُحال على غائب فبلغه فأجازت (قوله) واذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين) هذا قول طائفة من المشايخ وهو المصحيح من المذهب وقول طائفة أخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط (وقال زفر لا يبرأ) من المطالبة أيضا

تحويله وقيل الاول قول أبي يوسف والثاني قول محمد والفائدة تظهر فالرهن اذا حال المرتين بالدين هل يسترد الرهن فعند أبي يوسف يسترده كالأبرأ عن الدين وعند محمد لا يسترده كالأجل الدين بعد الرهن وفيما اذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند أبي يوسف تصح لبقاء الدين في ذمته اذا التحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكره المصنف يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذلك وهالان انتقال الدين بلامطالبة يستلزم وجود الملزوم وبلا لازم وهو ممتنع فاكفي بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها به وقال زفر رحمه الله لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثيق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن أبي ليلى ونقل ذلك عن مالك رحمه الله الكفالة كالحوالة لما ذكرناه وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو أن الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من المشترك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم الآخر لغة

(قوله قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراط الرجوع الخ) أقول ضمير اشتراطه راجع الى الرضا ثم ان القائل هو الكافي (قوله وقيل لعل الخ) أقول القائل هو الخبازي نقلنا من الاوضح (قوله وعلى هذا اشتراط الرجوع الخ) أقول قوله اشتراطه مبتدأ وقوله ليس على ما ينبغي خبره (قوله لان انتقال الدين بلامطالبة اين) أقول لا يقال لو كانت المطالبة لازمة للدين لم يكن للقول بانتفاء المطالبة دون الدين مجال لاستلزامه ما ذكرتم لان المطالبة ليست بلازمة للدين نفسه بل لا تنقله اذ لا فائدة في انتقاله بدونها بخلاف وجود أصل الدين بدونها فان فائدتها الرجوع على تقدير التوى فليست بل فان الكلام محال بعد قال المصنف (اذ كل واحد منهما عقد توثيق) أقول وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الاول من غير تعيين كافي الكفالة فيها كما تقدم

وهو يقتضي بناء ما يضم اليه  
والاصل موافقة الاحكام  
الشريعة للمعاني اللغوية  
واعترض بالحوالة بغير أمر  
المحيل فانها حوالة صحيحة  
كامر ولا نقل فيها ولا تحويل  
وهو نقض اجالي والجواب  
أننا نسلم أن لا نقل فيها فانها  
بعد أداء الدين ظاهر التحقيق  
ولهذا لا يبقى على المحيل شيء  
(قوله والتوثيق باختيار  
الاملا) جواب لرفر وقدره  
سلمنا أن كل واحد منهما  
عقد توثيق لكن براءة المحيل  
لا تنفيه لان التوثيق يتحقق  
معها باختيار الاملا أى  
الا قدر على الإبقاء لبسطة  
سمعتات البدو الاحسن  
قضاء بان يوفيه بالاجود  
بلا ماطلة وهو في الحقيقة  
تسزل في الجواب بالقول  
بالموجب وقوله (واعما  
يجبر على القبول) جواب  
نقض يدعى قوله والاحكام  
الشريعة على وفاق المعاني  
اللغوية وتقرر به لوصح  
ذلك لا تنقل الدين من المحيل  
وصار اجنبيا منه فاذا نقده  
كان الواجب أن لا يجبر  
المحال على القبول أى لا ينزل  
منزلة القايض اذا ارتفعت  
الموانع بين المحال والمنقود  
لكون المحيل اذا ذاك متبرعا  
كالاجنبي وبإداء الاجنبى  
المتبرع لا يجبر الطالب على  
القبول وتقرر الجواب  
لانسلم أن المحيل متبرع في  
النقد واعما يكون متبرعا كالاجنبي ان لولم يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى وهو محتمل فلا يكون متبرعا

عقد توثيق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة  
فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثيق باختيار الاملا والاحسن في القضاء  
واعما يجبر على القبول اذا نقده المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا

فالنظر في خلاف المشايخ أولا حتى يثبت المذهب ثم ينظر في خلاف زفر فالقائلون ان المذهب لا يبرأ عن  
الدين استدلوا بمسائل ذكرها محمد تقتضى ذلك فمنها ان المحال اذا برأ المحال عليه يصح ولا يرتد بده  
كإبراء الكفيل ولو انتقل أصل الدين الى ذمة المحال عليه وجب أن يرتد بده كالأمر بالمحال المحيل قبل  
الحوالة لماسفيه من معنى التملك ومنها ان المحيل اذا نقده المحال ماله بعد الحوالة يجبر على القبول فلو  
انتقل أصل الدين بالحوالة كان متبرعا بماله المحال فلا يجبر على قبوله لغيره ومنها ان المحال اذا وكل المحيل  
بقبض مال الحوالة من المحال عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل اجنبيا عنه وتوكيل الاجنبى  
بقبض الدين صحيح ومنها ان المحال اذا برأ المحال عليه لا يرجع المحال عليه بذلك على المحيل  
ولو كانت الحوالة بأمر المحيل ولو وهب من المحال عليه يرجع به على المحيل كافي الكفيل الا ان لم يكن  
للمحيل عليه دين والا لتقياضا صاولو كان الدين يتحول الى ذمته كان الإبراء والهبة في حقه سواء فلا  
يرجع والقائلون ان المذهب ينتقل الدين استدلو بان المحال اذا وهب الدين من المحيل أو أراه من الدين  
بعد الحوالة لا يصح إبراءه وهبته ولو بقي الدين في ذمته صح وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين  
أبي يوسف ومحمد فعند أبي يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين قال وفائدة  
هذا الخلاف تظهر في مسئلتين احدهما ان الراهن اذا أحال المرتهن بالدين فله ان يسترد الرهن عند  
أبي يوسف كالأمر براء عنه وعند محمد لا يسترده كالأمر بحل الدين بعد الرهن والثانية اذا برأ الطالب  
المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف لانه يرى بالحوالة وعند محمد يصح ويرى المحيل لان أصل الدين  
باقى في ذمته واعما تحولت المطالبة ليس غير وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال لم ينقل  
عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين بل ذكر أحكاما متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تأجيلا وجعل  
المحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها في بعض الاحكام إبراء وجعل المحول بها المطالبة والدين واعما فعل  
هكذا لان اعتبار حقيقة اللفظ بوجوب نقل المطالبة والدين اذا الحوالة منبثقة عن النقل وقد أضيف الى  
الدين واعتبار المعنى بوجوب تحويل المطالبة لان الحوالة تأجيل معنى ألا ترى انه اذا مات المحال عليه  
مفسا يعود الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التأجيل فاعتبر المعنى في بعض الاحكام واعتبر الحقيقة  
في بعضها ثم يحتاج الى بيان كيفية خصوص الاعتبار في كل مكان وسيجيب المصنف عن بعضها في  
خلافية زفر هذه اذا عرف المذهب حينئذ جشأ الى خلاف زفره الاعتبار بالكفالة بجماع ان كلامهما  
عقد توثيق ولم ينتقل فيها دين ولا مطالبة بل تحقق فيها اشتراك في المطالبة ولان عدم الانتقال أدخل في  
معنى التوثيق اذ يصير له مكنة ان يطالب كلا منهما فكذا هذا (ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة  
الغراس) فوجب نقل الدين (والدين اذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فللضم) لغة لانها من  
الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة الى الذمة (لان الاحكام) يعنى العقود (الشريعة)  
المسماة بأسماء تعتبر فيها معاني تلك الاسماء وهو فائدة اختصاصها بأسمائها (قوله عقد توثيق) والتوثيق  
أن يطالب كلا منهما اقلنا بل التوثيق لم ينحصر في ذلك بل يصح باختيار الاملا واليسر في القضاء  
فيكتفى به في تحقيق معنى التوثيق في معنى لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ما ذكر من التوثيق  
وهذا الدليل ينتهز على زفر فانه قال ببقاء الدين والمطالبة على الاصل أما الطائفة من المشايخ القائلون  
بنقل المطالبة دون الدين فلا فانه اذا حال الحوالة تنبى عن النقل فيعتبر فيها ذلك فالواحد واعتبار نقل  
المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قلت لرفر ان تحقيق التوثيق يحصل

قال (ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه الخ) عطف على قوله برئ المحيل أى اذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشئ إلا أن يتوى حقه على ما يأتي من معنى التوى وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان برائة المحيل حصلت مطلقة أى عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن عطف ما يدل على التقيد وكل ما كان كذلك لا يعود الا بسبب جديد كما في البراءة وما يدعى روى عن ابن المسيب أنه كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به على آخر فبات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال أبعدك الله فأبعده بمجر داحتياه ولم يجزله الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة لفظا (٤٧٤) أو مطلقا والثاني ممنوع والاول

قال (ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه) وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه لانه هو المقصود أو تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ

باختيار الاملا الخ غير متوقف على كل كما يحصل به التوثق وقوله وانما يجبر الخ جواب نقض من قبل زفر وهو مما سبق من أدلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو أن المحيل اذا قد المحتال الدين المحال به قبل نقد المحال عليه أجبر المحتال على القبول فلو لم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لانه حينئذ متبرع بشئ من ماله فلا يجبر على قبوله أجاب بأنه لا يلزم على تقدير النقل أن يكون متبرعا محضا وانما يكون ذلك لولم يكن عود الدين المستعمل اليه بعينه ممكنا نحو فاقدي يتوقع فاما ان كان فلا لانه على ذلك التقدير دافع عن نفسه المطالبة على تقدير تحقق سببها فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودليل تلك الطائفة وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا تنقل أصلا عما اذا وقعت بتغير اذن المحيل وأجيب بأن معنى النقل يتحقق فيه بعد أداء المحتال عليه حتى لا يبقى اذ ذلك على المحيل شئ الا انه قد يقال لوضح هذا الصح أن يقال الكفالة بتغير أمر المكفول عنه فيها نقل الدين أيضا بهذا الوجه لانه اذا أدى الكفيل لا يبقى على المكفول عنه شئ والحق أن أصل الجواب ساقط فان انتفاء الدين عن المحيل بأداء المحال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاء من الوجود بالكلية وليس هذا نقله بل نقله تحوله من محل الى محل هو ذمة المحال عليه وعذري ان الجواب هو ان الحوالة بتغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لانه حقيقة الحوالة ان كان فعل المحيل الاطالة أو الحاصل من فعله فهو منتف لا انتفاء الفعل منه والنقل وانما هو في حقيقتها ولهذا أجاز المالكية هذا المعنى وأخرجوه من الحوالة وسموه جمالة وحكمها شطر حكم الحوالة وهو الا لزوم على المتحمل دون الشطر الآخر وهو انتقال الدين عن المدين فلم تكن حوالة والا استعقت تمام حكمها وهذا ما وعدناه (قوله ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه) وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى) بموت أو افلاس أو غيره وهو قول أحمد والليث وأبي عبيد وعن أحمد اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم وهو قول مالك لأن الافلاس عيب في المحال عليه فله أن يرجع بسببه كالمبيع ولأن المحيل غره فهو كالمودع المبيع يرجع به (لان البراءة) الخاصة بالانتقال (حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد) ولا سبب فلا عود ويؤيده ما روى عن ابن المسيب أنه كان له على علي رضي الله تعالى عنه دين فأحاله به على آخر فبات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال له أبعدك الله فمضى رجوعه ولحقه تمنع كون البراءة مطلقة بل هي مقيدة بمعنى بشرط السلامة وان كانت مطلقة وهذا القيد ثبت بدلالة الحال وهو ان المقصود من شرع الحوالة ليس بمجرد الوجوب على الثاني لان الذم باعتبار هذا القدر متساوية وانما تفاوت في احسان القضاء وعدمه فالقصد التوصل الى الاستيفاء من المحل

مسلم لكن لا يفيد كم لجواز أن تكون مقيدة بدلالة الحال أو العرف أو العادة فنقول انها حصلت مقيدة بسلامة حقه وان كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل الثاني لانفس الوجوب لان الذم لا يختلف في الوجوب وانما يختلف بالنسبة الى الايفاء فصارت سلامة الحق من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول لكونه هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة في حق المحال به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى شيا فله قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للشئ وهذا يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ وقوله أو تنفسخ الحوالة لفواته

أى لفوات المقصود وهو السلامة لانه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه ينفسخ كالمشترى اذا وجد المبيع معيبا واختر رده فانه ينفسخ المبيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد لما اشار الى عبارة آخرين منهم وهو يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل فالمصنف رحمه الله جمع بين طريق المشايخ رحمه الله

(قوله كان له على علي رضي الله تعالى عنه الخ) أقول ليس في حديث علي كرم الله وجهه ما ينافي ما قلنا لعدم دلالة على موت المحال عليه مفلسا كما لا يخفى

واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فهما بعينين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ما روى عن عثمان رضي الله عنه أنه قال إذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف محل الاجماع وعورض بأن المحال وقت الحوالة مختص بين أن يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين أن ياباها بقاء لحقه في ذمة المحيل وكل محير بين شيئين إذا اختار أحدهما (٤٤٨) تعين عليه ولا يعود الى الآخر كلفصوب منه إذا اختار تضمين

فصار كوصف السلامة في المبيع قال ( والتوى عند أبي حنيفة رجه الله أحد الأمرين أما أن يجهد الحوالة ويخالف ولا ينسقه عليه أو يموت مقلدا )

الثاني على الوجه الاحسن والالم ينتقل عن الاول فصارت السلامة من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول فاذا لم يحصل المشروط عاد حقه على الاصيل فصار كالمشروط على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين لان البراءة ما ثبتت مطلقة بل بعوض فاذا لم يسلم يعود يؤيده ما روى عن عثمان رضي الله عنه مرفوعا وموقوفا في المحال عليه اذا مات مقلدا قال يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولقط الاسرار قال اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذكر محمد في الاصل عن شريح بمثل ذلك وهذا الحديثان متعارضان فان كانا صحيحين أو لم يثبتا فقد تكافأ هذا واختلفت عباراتهما في كيفية العود فقبل بفسخ الحوالة أي بفسخها بالحوالة ويعاد الدين كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا وقبل تنفسخ ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت عن افلاس تنفسخ ويعود وفي الجحود بفسخ ويعاد وفي طريقة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مقلدين لا يرجع فكذا ما نحن فيه فلما لا نسلم بل له الرجوع الا أنه سقطت المطالبة بالاعسار وله هذا كلما ظهر لاحدهما مال أخذه كافي الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مقلدين تبطل الكفالة ثم لا يدل على ان المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه قالوا مال الحوالة يجعل كالمقبوض لانه لو لم يكن كالمقبوض لأدى الى الافتراق عن دين بدين ولانه تجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف ولو لانه كالمقبوض لم تجز الحوالة واذا مات المحيل مقلدا لا يكون المحال اسوة للغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض والالباز للمحتال أن يشتري شيئا من غير المحتال عليه كما يجوز أن يشتري به من المحتال عليه وقواهم لو لم يكن كالمقبوض صار ديناً بدين انما يلزم لو كان القصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض وأما الصرف والسلم فجعة لنا لانه لو كان كالمقبوض لجاز أن يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فانه اذا أحال به ما فله افتراق من غير قبض بفسد العقد ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد العقد وأما كون المحتال لا يصير اسوة للغرماء اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحتال عليه فممنوع قال في الجامع الكبير ولو أن المحال آخر الحويل سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال ينقسم دينه على الحويل بين المحال وبين الغرماء بالحصص لان هذا مال المحيل ولم يصير بالحوالة ملكا للمحال لان تعليق الدين من غير من عليه الدين لا يتصور ولكن يتعلق به حق المحال وبهذا لا يصير المحال أخص به ما لم تثبت اليد دليل ان العبد المأذون اذا كان عليه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص انتهى واذا عرف أنه يرجع بالتوى بين التوى بقوله ( والتوى عند أبي حنيفة رجه الله بكل من أمرين أما أن يجهد الحوالة ويخالف ولا ينسقه عليه ) للمحتال ولا للمحيل فقوله ( له ) يعني كلا من المحيل والمحتال ( أو يموت مقلدا ) لا مال له معين ولا دين ولا كفيل عنه بدين

أحد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشئ وكالمسئول اذا اعتق عبده المديون فاختار الغرماء استسماه العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشئ والجواب أن قوله اذا اختار أحدهما تعين عليه أما أن يريد به شيئين أحدهما أصل والآخر خلف عنه أو كل واحد منهما أصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد وان كان الاول فلا نسلم أنه اذا اختار أحدهما تعين ببل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن للتوثق فاضافة انواء الحق الى وصف يقتضي ثبوته فاسدة في الوضع قال ( والتوى عند أبي حنيفة رجه الله أحد الأمرين الخ ) توى المال اذا تلف وهو عند أبي حنيفة يتحقق بأحد الأمرين أما أن يجهد المحال عليه الحوالة فيخلف ولا ينسقه للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لانه حينئذ لا يقدر على مطالبته وأما أن يموت مقلدا

المحتال

لا يقدر على مطالبته وأما أن يموت مقلدا

قال المصنف (فصار كوصف السلامة في المبيع) أقول بأن اشتري شيئا فهلك قبل القبض فانه يفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للشترى وهذا التقرير ناظر الى الكلام الاول فالمصنف جمع بين طريقين المشايخ واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فهما بعينين مختلفين

لان العجز عن الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما أما في الاول فلماذا كرنا وأما في الثاني فلانه لم يبق ذمة  
يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للتحال الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لارادة اسقاط فلما  
تعذر الاستيفاء وجب الرجوع وقالاهذان وجه ثالث وهو أن يحكم الحماكم بافلاسه بالشهود حال حياته وهذا الاختلاف بناء على أن  
الافلاس بتفليس الحماكم عنده لا يتحقق خلافهما قالالتوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء حقه  
فصار كونه المحال عليه وقال عجز عن ذلك عجزا يتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غادر رائج وقد تقدم معناه في الكفاية فلم يكن  
كلوت ولو مات المحال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط وعن الشافعي أن القول قول الطالب مع عيئه على  
علم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة يقال أفلس الرجل اذا صار ذا فليس بعد (٤٤٩) أن كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان

افتقر وفلسه القاضي أى  
قضى بافلاسه حين نظيره  
حاله كذا في الطلبة قال  
(واذا طالب المحتال عليه  
المحيل الخ) اذا طالب المحتال  
عليه بمثل مال الحوالة مدعى  
قضاء دينه من ماله فقال  
المحيل أحلت بدني لي عليك  
لم يقبل قوله ويجب عليه  
مثل الدين لان سبب الرجوع  
وهو قضاء دينه بأمره قد  
تحقق باقراره الا أنه يدعى  
عليه ديناً وهو ينكر والقول  
قول المنكر والبيئة للمحيل  
فان أقامها بطل حق المحتال  
عليه في الرجوع فان قيل  
لم لا يجوز أن تكون الحوالة  
اقراراً منه بالدين عليه  
أجاب بقوله لانها قد تكون  
بدونه أى الحوالة قد تكون  
بدون الدين المحال عليه فيجوز  
انفكاكه عنه وحينئذ  
يكون التقييد بالدين  
تقييداً بلا دليل (واذا طالب  
المحيل المحتال بما أحاله به فقال

لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة ( وقالاهذان الوجهان ووجه  
ثالث وهو أن يحكم الحماكم بافلاسه حال حياته ) وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده  
خلافهما لان مال الله غادر رائج قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل  
أحلت بدني لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين) لان سبب الرجوع قد تحقق وهو  
قضاء دينه بأمره الا أن المحيل يدعى عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر ولا تكون الحوالة اقراراً منه  
بالدين عليه لانها قد تكون بدونه قال (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال انما أحلتك  
لتقبضه لي وقال المحتال لا بل أحلتني بدني كان لي عليك فالقول قول المحيل) لان المحتال يدعى عليه  
الدين وهو ينكر ولقطة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عيئه

المحتال وعندهما بهذين وجه آخر وهو أن يحكم حماكم بافلاسه وهذا بناء على ان تفليس القاضي يصح  
عندهما وعنده لا يصح لانه يتوهم ارتفاعه بحدوث ماله فلا يعود بتفليس القاضي على المحيل والتوى  
الثلف يقال منه توى بوزن علم يتوى وهو توناو ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ففي  
الشافعي والمبسوط القول للطالب مع الميمين على العلم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولو كان حيا فزعم  
انه مفلس فالقول له فكذلك بعدمونه وفي شرح الناصحي القول للمحيل مع الميمين لانكاره عود الدين  
(قوله) واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل (انما) أحلت بدني لي عليك لم يقبل قوله  
وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاء دينه بأمره ولان المحيل يدعى ديناً عليه  
وهو ينكر والقول للمنكر) ولا يقال قبول الحوالة من المحتال عليه اقراراً بالدين عليه لاننا نقول  
ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك بل قد تكون بما عليه وهي المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هي  
حقيقة الحوالة أما المقيدة فهو كالة بالاداء من وجهه والقبض (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به  
وقال اني أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال بل أحلتني بدني لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعى  
عليه) أى على المحيل (ديناً وهو ينكر) فالقول له لان فراغ الذمة هو الاصل ووجه قال الشافعي في وجه  
وفي وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهر اخافه المحيل توكيل فهو خلاف الظاهر وهو  
قول أحد وقول المصنف ( ولقطة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عيئه ) جواب  
عنه وهو بناء على تساويهما في الاستعمال ومنع كونها بالدين أظهر فالحوالة متواطئ فيهما والا فادعاه  
مجازاً متعارفاً يخص قوله ما فان الحقيقة عند أبي حنيفة مقدمة على الجواز المتعارف وقد تكلف شمس

(٥٧ - فتح القدير خامس) انما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل أحلتني بدني لي عليك فالقول قول المحيل  
فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل أنه أحاله ليقبضه خلاف الحقيقة بلا دليل أجاب بقوله ولقطة الحوالة ومعناه أن  
دعواه تلك دعوى ماهو من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازاً لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى  
الوكيل فيجوز أن يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لانه مع عيئه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر

(قوله فان لفظ الحوالة الخ) أقول كاسيحي وفي كتاب المضاربة أحل بمعنى وكل فراجعه قال العلامة الكاكي قيل المجاز لا يعارض الحقيقة  
فاحتمال المجاز لا يخرج عن ارادة الحقيقة أحجب هذا مجاز متعارف فيمكن أن يخرج عن ارادة الحقيقة ولو لم يخرج عن كان محتملاً فلا  
يدل على الاقرار انتهى وفيه تأمل (قوله لما في الوكالة من نقل التصرف الخ) أقول فيه شيء

قال (ومن أودع رجلاً ألف درهم الخ) اعلم أن الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين أحدهما أن يقيد المحيل الحوالة بالعين الذي له في يد المحال عليه بالوديعة أو الغصب والثاني أن يقيد بها بالدين الذي له على المحال عليه والمطلقة وهي أن يرسلها الراسل لا يقيد بها بدين له على المحال عليه ولا بعين له في يده وأن كان له ذلك عليه أو في يده أو أن يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين أيضاً على نوعين حالة ومؤجلة فالخالة هي أن يحيل المدينون الطالب على رجل بألف حالة فإنها تكون على المحال عليه كذلك لأنها التحويل الدين من الأصل فيتحول على الصفة التي على الأصل والقرض إنما كانت على الأصل حالة فكذلك على المحال عليه وليس للمحال عليه أن يرجع على الأصل قبل الأداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة والمؤجلة هو أن يكون الدين على الأصل مؤجلاً فيحصل مؤجلاً على المحال عليه بذلك الاجل (٤٥٠) فان المال يكون على المحال عليه إلى ذلك الاجل لأنه قبلها كذلك إذا عرف

هذا فقوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء فان هلكت ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين الذي في يد المحال عليه بالوديعة وقوله لأنه أقدر على القضاء دليل جوازه وذلك لوجهين أحدهما أن الاداء منها يتحقق من عين حق المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الاداء فكان أقدر والثاني أن الوديعة حاصلة بعينها لا تحتاج إلى كسب والدين قد يحتاج إليه وإذا كان أقدر على القضاء كان أولى بالجواز فكانت جائزة بالدين فلا تكون جائزة بالعين أحدهم فان هلك الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه وليس للمحال شيء عليه لتقيد هابها أي لتقيد الحوالة بالوديعة لأنه ما التزم الاداء الا منها فيتعلق بها ويبطل

قال (ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء فان هلكت برئ) لتقيد هابها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالغصب لان الفوات إلى خلف كلافوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه

الائنة حين استبعد التواطؤ وتقديم الجواز المتعارف فحملها على ما إذا استوفى المحتال الألف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعاً من المحتال عليه بهذه الألف فيقول المحتال كان المتاع ملكي وكنت وكيلاً في بيعه عني والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما بيعته لنفسى فالقول للمحيل لان أصل المنازعة وقع بينهما في ملك ذلك المتاع والبد كان للمحيل فالظاهر انه انتهى وظاهره تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق في سائر الامهات والحق انه لا حاجة إلى ذلك بعد تجويز كون لفظ أحلتك بألف يراد به ألف للمحيل لان ثبوت الدين على الانسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لا بد من القطع بها من جهة اللفظ أو دلالة مثل له على أو في ذمتي لان فراغ الذمة كان ثابتاً بيقين فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمته الا بئله من اللفظ ومنه نحو قوله اتزمت في جوابي عليك ألف للتيقن بعود الضمير في اتزمتها على الألف المدعاة بخلاف مجرد قوله أحلتك (قوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء) لتسري ما يقضى به وحضوره بخلاف الدين عليه (فان هلكت برئ) المحال عليه وهو المودع (لتقيد هابها) أي لتقيد الحوالة بالوديعة التي هلكت (فانه) أي الرجل (ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما إذا كانت الحوالة مقيدة) عين (مغصوب) عرض أو ألف درهم مثلاً فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل أو القيمة فاذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ (لان) له خلفاؤه (الفوات إلى خلف كلافوات) فبقيت متعلقة بخلافه فيرد خلفه على المحتال (وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً) بأن يسيله بدينه الذي له على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام مقيدة بعين أمانة وبعين مضمونة وبعين خاص (وحكم المقيدة في هذه الجملة) أعني الاقسام الثلاثة (أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه) بذلك العين ولا بذلك الدين (لان الحوالة) لما قيدت بها

بها كلها كل كذا المتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالغصب بأن كان الألف تعلق

مغصوباً عند المحال عليه وقيد الحوالة بها ببيان لجوازاها بالعين المغصوبة وانما اذا هلك لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثلياً وقيمته ان كان قيمياً كان الفوات بها لا كه فواتها إلى خلف وذلك كلافوات فكان باقياً حكماً وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً ببيان لجوازاها مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على آخر ألف درهم وللمدين على آخر كذلك وأحال المدينون الطالب بدينه على مدينه بألف على أن يؤديه من الألف التي للمطلوب عليه فانما جائزة وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصبا بالدين أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين أو الدين الذي قيدت الحوالة به بعدها

(قوله والمطلقة إلى قوله على نوعين حالة ومؤجلة) أقول قوله والمطلقة مبتدأ وقوله على نوعين خبره (قوله وقوله بخلاف الخ) أقول قوله وقوله مبتدأ وقوله بيان لجوازاها خبره

لانه تعلق به حق الخصال فانه انما رضى بنقل حقه الى المحال عليه بشرط أن يوفى حقه عما للحميل عليه أو بيده فتعلق به حق استيفائه وأخذ  
الحميل ذلك يبطل هذا الحق فلا يتمكن من أخذه ولو دفعها المودع أو غيره الى المحيل ضمن لانه استهلك محملا مشغولا بحق الغير على مثال  
الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق (٤٥١) المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرماء

اشارة الى حكم آخر يخالف

حكم الحوالة حكم الرهن  
بعد ما انفق في عدم بقاء  
حكم الاخذ للحميل  
والراهن وهو أن الحوالة اذا  
كانت مقيدة بالعين أو  
الدين وعلى المحيل ديون  
كثيرة ومات ولم يترك شيئا  
سوى العين الذي له بيد  
المحال عليه أو الدين الذي  
عليه فالمحال اسوة للغرماء  
بعد موته خلافا لفرجه  
الله وهو القياس لان دين  
غرماء المحيل تعلق بحال  
المحيل وهو صار اجنبيا  
من هذا المال ولهذا  
لا يكون له أن يأخذه في حال  
حياته فكذا بعد وفاته  
ولان المحال كان أسبق تعلقا  
بهذا المال لتعلقه في صحته  
وحق الغرماء لم يتعلق في  
صحته فيقدم المحال على  
غيره كالمرتهن قلنا العين  
الذي بدأ المحال عليه للحميل  
والدين الذي له عليه لم يصير  
ملا كالمحال بعد الحوالة  
لا بد او هو ظاهر ولا رغبة  
لان الحوالة ما وضعت  
للتملك وانما وضعت للنقل  
فتكون بين الغرماء وأما  
المرتهن فانه ملك المرهون  
يدا وحسب فثبت له نوع

لانه تعلق به حق الخصال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي له  
مطالبته فأخذ منه لبطلت الحوالة وهي حق الخصال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا  
تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو عنده

(تعلق حق الطالب به) وهو استيفاء دينه منه (على مثال الرهن) وأخذ المحيل يبطل هذا الحق  
فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين أو الدين الى المحيل ضمنه للطالب فانه استهلك ما تعلق به  
حق الخصال كما اذا استهلك الرهن أحد يضمه للمرتهن لانه يستحقه ولما كان تشبيه المصنف  
بالرهن يتبادر انه لو هلك المحيل وعليه دين آخر غير دين الخصال ينبغي أن يختص الخصال بذلك الدين الذي  
أحميل به أو العين وليس كذلك بينه المصنف فقال (وان كان) أي الخصال (أسوة للغرماء) فيه (بعد  
موت المحيل وهذا لانه لو بقي) للمحيل (حق المطالبة) بما أحال به من الامر المعين (فأخذ منه بطلت  
الحوالة) الواقع (انما حق الخصال) فليس له أن يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به دينا  
أو عينا والفرق ما قد مناه انه وان كان حق الخصال متعلقا بالعين المخصوصة أو الدين كما يتعلق حق الدائن  
بالرهن المعين لكن ليس له يد ولا ملك والمرتهن له يد ثابتة مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص واذا  
كان الخصال اسوة للغرماء فلو قسم ذلك الدين أو العين بين غرماء المحيل وأخذ الخصال حصته لا يكون له  
أن يرجع على المحال عليه ببقية دينه وهو ظاهر لتقدير الحوالة بذلك المقسم هذا ومن أحكام الحوالة  
المقيدة بالدين أو العين انه لو أبرأ الخصال المحال عليه صرح الابراء وكان للمحيل أن يرجع على المحال عليه  
بدينه ولو وهب الخصال دينه من الخصال عليه أو مات الخصال له وورثه الخصال عليه لا يكون للمحيل أن يرجع  
على الخصال عليه والفرق أن الهبة من أسباب الملك وكذا الارث فلكل الخصال عليه ما في ذمته بالهبة فهو كما  
لو ملكه بالاداء ولو أدى لا يرجع المحيل عليه فكذا اذا ملكه بالهبة بخلاف الابراء فانه في الاصل موضوع  
للاسقاط فلا يملك به الخصال عليه ما في ذمته وانما خرج به عن ضمانه للمحال دينه وهو الشاغل لدين المحيل  
فبقى دين المحيل على الخصال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه (وقوله بخلاف المطلقة) بتصل بقوله لا يملك  
المحيل مطالبة الخصال عليه بالعين المحال به والدين والحاصل أن الحوالة قسمان مقيدة كما ذكرنا ومطلقة  
وهي أن يقول المحيل للطالب أحلتك بالالف التي لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤديه من المال الذي لي  
عليه فاذا حال كذلك وله عند ذلك الرجوع ودبعة أو مغصوبة أو دين كان له أن يطالب به (لانه) أي الشأن  
(لا تعلق لحق الخصال به) أي بذلك العين أو الدين لوقوعها مطلقا عنه (بل بذمة الخصال عليه) وفي  
الذمة سعة (فأخذ دينه أو عينه من الخصال عليه لا تبطل الحوالة) وما عليه يرجع الى الدين أو الغصب أو  
عنده يرجع الى الوديعة ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء وتنقسم المطلقة الى  
حالة ومؤجلة فالحالة أن يحيل الطالب بأنف وهي على المحيل حالة فتكون على الخصال عليه حالة لان  
الحوالة لتحويل الدين فيتحول باصفة التي هي على الاصيل وليس للمحال عليه أن يرجع على الاصيل  
قبل أن يؤدي ولكن له اذا لزم أن يلازمه واذا حبس أن يحبس والمطلقة المؤجلة له على رجل ألف الى  
سنة فأحال الطالب عليه الى سنة كانت عليه الى سنة ولو حصلت الحوالة مبهمة لم يذكره محمد وقالوا ينبغي  
أن تثبت مؤجلة كافي الكفالة لانه تحمل ما على الاصيل بأي صفة كان فلو مات المحيل لم يحل المال على

اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (قوله وهذا) اشارة الى قوله أن لا يملك المحيل وتقريره ما ذكرناه آنفا  
وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانها لا تبطل بأخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين أو عليه من الدين لان الضمير للشأن  
لا تعلق لحق المحال به أي بما عند المحال عليه أو عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فأخذ ماله عنده أو عليه لا يبطل الحوالة  
وعلى هذا ليس للودع والغاصب أن يؤدي دين المحال من الوديعة والغصب وللحميل أن يأخذ ماله مع بقاء الحوالة كما كانت

قال (وتكره السفائح الخ) السفائح جمع سفيحة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب أصله سفينة يقال لشيء المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان يدفع الى تاجر ما لا قرض اليه يدفعه الى صديقه وقيل هو ان يقرض انسانا ما لا يقضيه المستقرض في بلديده المقرض وانما يدفعه على (٤٥٣) سبيل القرض لاعلى سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع

قال (ويكره السفائح) وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) وهذا نوع نفع استفاد به وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة واما اذا لم تكن فلا بأس بذلك ثم قيل انما اورد هذه المسئلة في هذا الموضع لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فانها معاملة ايضا في الديون والله اعلم

### كتاب أدب القاضي

المحتمل عليه لان حلول الاجل في حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يتأني ذلك في حق المحال عليه لانه حتى محتاج الى الاجل ولو حل عليه انما يحل بناء على حلوله على الاصيل فلا وجه له لان الاصيل برئ عن الدين في احكام الدنيا والتحقيق بالاجانب ولو مات المحال عليه قبل الاجل والحيل حتى حل المال على المحتمل عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل الى اجله لان الاجل سقط حكم الحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتمل عليه مفسا فانتقض ما في ضمانها وهو سقوط الاجل كالباع المديون بدين مؤجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاذا الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم البيع وقد انتقض كذا هنا (قوله ويكره السفائح) جمع سفيحة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشيء المحكم سمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان يدفع في بلدة الى مسافر قرض اليه يدفعه الى صديقه او وكيله مثلا في بلدة اخرى ليستفيد به امر خطر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر نفعا رواه الحرث بن ابي اسامة في مسنده عن حفص بن حمزة انا سوار بن مصعب عن عمار الهمداني قال سمعت عليا رضي الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جر نفعا فهو ربا وهو مضغف بسوار بن مصعب قال عبد الحق متروك وكذا قال غيره ورواه ابو الجهم في جرثمه المعروف عن سوار ايضا واخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفائح حرام واعل به عمر بن موسى بن وجيه ضعفه البخاري والنسائي وابن معين وذكروا ابن الجوزي في الموضوعات واحسن ما هنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا خالد الاخر عن حجاج عن عطاه قال كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة وفي الفتاوى الصغرى وغيرها ان كان السفائح مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد ولو لم يكن مشروطا جاز وصورة الشرط ما في الواقعات رجل اقرض رجلا ما لا على أن يكتب له به الى بلد كذا فانه لا يجوز ان اقرضه بغير شرط وكتب جاز وكذا لو قال اكتب لي سفيحة الى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه وفي كفاية البيهقي سفائح التجار مكرهة ثم قال الا أن يقرض مطلقا ثم يكتب السفيحة فلا بأس به كذا روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ألا ترى أنه لو قضاها بأحسن مما له عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهرا فان كان يعرف ان ذلك يفعل لذلك فلا والذي يحكى عن أبي حنيفة انه لم يقعد في نخل جدار غريمه فلا أصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا بل ككيف ولم يكن مشروطا ولا متعارفا وانما اورد القدر في هذه المسئلة هنا لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة والله اعلم

### كتاب أدب القاضي

استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة واما اذا لم تكن فلا بأس بذلك ثم قيل انما اورد هذه المسئلة في هذا الموضع لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فانها معاملة ايضا في الديون والله اعلم

### كتاب أدب القاضي

(قوله ثم قيل) أقول القائل صاحب النهاية

### كتاب أدب القاضي

قال في لطائف الاشارات في كتاب الرجوع من شهادة السكافي القاضي بتأخير الحكم اثم وعزل وعزرائته في قال الامام السرخسي في مبسوطه وان طمع القاضي أن يصطلح الخصمان فلا بأس بأن يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطلحا الحديث عمر رضي الله تعالى عنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحا فان فصل القضاء بورت بين القوم الضغائن وفي رواية ردوا الخصوم يوم من ذوى

الارحام ولا ينبغي له أن يردهم أكثر من مرة أو مرتين ان طمع في الصلح لان في الزيادة على ذلك اضرار الصاحب الحق وان لم يطمع في الصلح أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو في سعة من ذلك وليس بواجب عليه ردهم وانما الواجب عليه ما قل من العمل وهو القضاء بالحق وقد أتى بذلك

لما كان أكثر المنازعات تقع في البياعات والديون عظمها بما يقطعها وهو قضاء القاضي والقاضي يحتاج إلى خصال جيدة يصلح بها القضاء  
وهذا الكتاب لبیان ذلك والادب اسم يقع على كل رياضة محمودة لذلك يخرج بها الإنسان في فضيلة من الفضائل فله أوز يد ويجوز  
أن يعرف بأنه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه ولا شك أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الإيمان بالله  
عالي أمر الله به كل مرسى حتى خاتم الرسل محمد صلوات الله عليهم أجمعين (٤٥٣) قال الله تعالى أنا أنزلنا التوراة فيها

هذى وفور يحكم بها النبيون  
وقال وأن احكم بينهم بما  
أنزل الله ولا تتبع أهواءهم  
قال (ولا تصح ولاية القاضي  
الح) لا تصح ولاية القاضي  
حتى يجتمع في المولى بلفظ  
اسم المفعول واختاره على  
المثولي بلفظ اسم الفاعل  
إشارة إلى أن القاضي ينبغي  
أن يكون قاضيا بتولية  
غيره لا بطلبه التولية شرائط  
الشهادة من الإسلام  
والحرية والعقل والبلوغ  
ويكون أي المولى من أهل  
الاجتهاد أما الأول بعني  
اشتراط شرائط الشهادة  
فلان حكم القضاء يستقي  
أي يستفاد من حكم  
الشهادة

(قوله لما كان أكثر المنازعات  
الح) أقول ماذا كرم يقتضي  
إيراده عقيب كتاب الدعوى  
وأيضا كان ينبغي أن يبين وجه  
التأخير عن الكتاب الذي  
قبله على ما هو دأبهم (قوله)  
قال الله تعالى أنا أنزلنا التوراة  
الح) أقول ليس في الآية  
دلالة على أمر الله تعالى  
كل مرسى به قال المصنف  
(حتى يجتمع في المولى)  
أقول قال في الكفاية المولى

قال (ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما  
الأول فلان حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة

لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة إلى قطعها أعظمها بما هو القاطع لها  
وهو القضاء والادب الخصال الجيدة والقاضي محتاج إليها فأقادها وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضي أن  
يفعله ويكون عليه وسميت الخصال الجيدة أدبالا لأنها تدعو إلى الخير والادب في الأصل من الادب بسكون  
الدال هو الجمع والدعاء هو أن تجميع الناس وتدعوهم إلى طعامك يقال منه أدب زيد بأدب أدب بوزن  
ضرب يضرب ضربا إذا دعاك إلى طعامه فهو أدب والمأدبة الطعام المصنوع المدعوا له ومنه قول  
طرفة بن العبد يمدح قومه بني بكر بن وائل

ورثوا السؤدد عن آبائهم \* ثم سادوا سؤدد غير زمر

نحن في المشتاة ندعوا لخلقنا \* لا ترى الأدب فينا بئنا نقر

ومنه ما ذكر أبو عبيد في قول ابن مسعود أن هذا القرآن مأدبة الله فمن دخل فيه فهو آمن وروى عنه  
أيضا مأدبة الله فمعلموا من مأدبته بفتح الدال أي تأديبه وكان الأجر يجعلها لغيره قال أبو عبيد لم أسمع  
أحدا يقول هذا غيره وأما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل إيمان كل ما ترجع إلى الختم والفراغ  
من الأمر يعني بإكمله وفي الشرع يراد به الإلزام ويقال له الحكم لما فيه من منع الظلم عن الظلم من  
الحكمة التي تجعل في رأس الفرس وأما وصف القضاء ففرض كفاية فلا امتنع الكل أعوا هذا إذا  
كان السلطان لا يفصل بنفسه فإن فعل لم يأثموا كافي البرازية واللسان أن يكره من يعلم قدرته عليه لانه  
لا بد من إيصال الحقوق إلى أربابها بالزام المانعين منها ولا يكون ذلك إلا بالقضاء وقد أمر الله تعالى به  
نبيه صلى الله عليه وسلم فقال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله وقبله صلى الله عليه وسلم داود بقوله تعالى  
فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع أهوى وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا على البن ومعاذا وقال له بم  
تقضي فقال بكتاب الله قال فان لم تجد قال بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان لم تجد قال أجتهد  
برأي فأقره وعليه إجماع المسلمين (قوله لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة  
ويكون من أهل الاجتهاد) هذا لفظ القدوري وذكر المولى على لفظ المفعول للاشعار بأنه التي عليه  
الفعل من غير طلب له منه كما هو الأولى (أما الأولى) وهو أنه لا بد أن يكون من أهل الشهادة (فلان حكم  
القضاء يستقي من حكم الشهادة) يعني كل من القضاء والشهادة يستمد من أمر واحد هو شروط الشهادة  
من الإسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير أعمى ولا محذور في ذنوب والكمال فيه أن يكون عدلا  
عفيفا عالما بالسنن وطريق من كان قبله من القضاة (فرع) فله عبد فعتق جاز أن يقتضي بتلك  
الولاية من غير حاجة إلى تجديد كالو تحمل الشهادة حال الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في أول كتاب  
القضاء وذكر بعد رقة لو قلد قضاء مصر لصي فأدر له ليس له أن يقتضي بذلك الأمر ولو قلد كافر القضاء  
فأسلم قال محمد هو على قضائه ولا يحتاج إلى تولية ثانية فصار الكافر كالعبد والفرق أن كلا منهما له ولاية  
وبه مانع وبالعق والاسلام يرتفع أما الصبي فلا ولاية أصلا وما في الفصول لو قال لصي أو كافر إذا

على صيغة اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية الغير إياه بدون طلبه وهو الأولى للقاضي على ما يجب وإن شاء الله تعالى انتهى وفي  
وجه الدلالة نوع خفاء فإنه يطابق عليه المولى وإن طلبه (قوله لا يطلبه التولية) أقول كما يدل عليه صيغة الفعل فإنها للتكليف الذي  
يستلزم الطلب (قوله شرائط الشهادة) أقول أي شرائط أداء الشهادة على المسلمين وقوله شرائط فاعل لقوله يجتمع الذي تقدم في قوله  
حتى يجتمع في المولى

لان كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة فيشترط له شرائط الشهادة لان ولاية القضاء كما كانت أعم أو أكل من ولاية الشهادة وأمرتة عليها كانت أولى باشرطها وور بمالوقح المصنف بقوله فيستقي استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان أهلا للشهادة كان أهلا للقضاء والعكس فالفاسق أهل للقضاء لاهليته للشهادة حتى لو قلد جازا لأنه لا ينبغي أن يقلد لأنه لا يؤمن في أمر الدين لقلته مبالاة فيه كافي حكم الشهادة فانه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة نظر الى أهل ذلك العصر الذي شهد لهم صلى الله عليه وسلم بالنيابة والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا ففسق بأخذ الرشوة بضم الراء وكسر ها وهي معروفة أو غيرهما مثل الزنا وشرب الخمر لا ينزل اذالم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذ أحكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه أشار الامام البرزوي وقوله وهذا إشارة الى أن استحقاق العزل دون العزل وهو ظاهر المذهب وروى عن الكرخي أنه ينزل بالفسق وهو اختيار (٤٥٤) الطحاوي وعلى الرازي صاحب أبي يوسف ويجوز أن يكون إشارة الى ذلك والى ما تقدم

من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار الطحاوي أن الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا

(قوله لان كل واحد الخ) أقول في دلالة على الصغرى كلام يندفع بما في النهاية من اعتبار الأشهرية قال في النهاية هذا من قبيل بيان حكم المرجع أي مرجعهم الى أصل واحد وهو أن يكون القاضي حرا مسلما بالغيا فلا عدلا كافي الشهادة لأن يكون حكم القضاء مبنيا على حكم الشهادة لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس يعرف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة بهذا الطريق لذلك ولان أصل الولاية ثبت بأهلية الشهادة كمال الولاية بالقضاء وكال الشيء

لان كل واحد من باب الولاية فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح لأنه لا ينبغي أن يقلد كافي حكم الشهادة فانه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله أدركت فصل بالناس أواقض بينهم جاز لا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط وما تقدم تحيز واذالم تصح ولاية الصبي قاضيا لا يصح سلطانا فاني زماننا من تولية ابن صغير للسلطان اذا مات فقد سئل في فتاوى النسفي وصرح بعدم ولايته وقال ينبغي أن يكون الاتفاق على وال عظيم بصير سلطانا وتقليد القضاء منه غير أنه بعد نفسه تبعال ابن السلطان تعظيما وهو السلطان في الحقيقة انتهى ومقتضى هذا أنه يحتاج الى تجديد بعد بلوغه وهذا لا يكون الا ان عزل ذلك الوالي العظيم نفسه من السلطنة وذلك أن السلطان لا ينزل الا بعزله بنفسه وهذا غير واقع وأما المذكورة فليست بشرط الا للقضاء في الحدود والدماء فتقضى المرافعة في كل شيء الا فيهما وقد اختلف في قضاء الفاسق فأكثر الأئمة على أنه لا تصح ولايته كالفاسقي وغيره كالاتقبل شهادته وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله لكن العزالي قال اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر في عصرنا نالحول العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطانا ذو شوكة وأن كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا فلو قلد الجاهل الفاسق صح ويحكم بقضوي غيره ولكن لا ينبغي أن يقلد والحاصل أنه ان كان في الرعية عدل عالم لا يحل تولية من ليس كذلك ولو وصح على مثال شهادة الفاسق لا يحل قبولها وان قبل نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر الاولوية بمعنى الاولى أن لا تقبل شهادته وان قبل جاز ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضى بها فان قضى جاز ونفذ (ولو كان عدلا) قبل الولاية قولي (فسق) وجاز (بأخذ الرشوة وغيرها) من أسباب الفسق (لا ينزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا)

لا يكون بدون أصله فيصالح أن يكون أهلية الشهادة أصلا لاهلية القضاء وهذا لان الشهادة توجد بدون وصف القضاء ولا يوجد وصف القضاء بدون وصف الشهادة فكانت ولاية القضاء فرع الشهادة من هذا الوجه فيصح هذا الكلام انتهى (قوله لان ولاية القضاء الخ) أقول هذا الدليل لا يثبت الكبرى الكلية (قوله أو أكل من ولاية الشهادة) أقول اذ به يقطع النزاع (قوله أو أمرتة عليها كانت أولى الخ) أقول في ثبوت الاولوية في صورة الترتيب بحث كما لا يخفى لا يقال ان القضاء بالشهادة لما كان مشروطا بما يكون شرط الشهادة شرطها بالاطريق الاولى لكونه مشروطا بذلك الشرط لانه مغالطة كما لا يخفى (قوله ولو قبل جاز الى قوله في غيرهم) أقول فيه ان ما ذكره لا يدل على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة بل على عكس ذلك فتأمل نعم يدل عن عدم اشتراط التعديل ولا يفيد لكن المراد العدالة الظاهرة المعلومة فتأمل فانه لا يصح أن يكون ما ذكره معنى لجواز قبول شهادة الفاسق (قوله وهذا يقتضي نفوذ أحكامه الخ) أقول مسلم كما لا يخفى فان قضاء فيما ارتشى عمل لنفسه والقضاء عمل لله فلا يكون ما فعله قضاء (قوله وهذا إشارة الى أن استحقاق الخ) أقول الظاهر راسخا في قوله الى أن الخ ثم أقول وعلى الاول تدل عبارة الكافي حيث قال ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى (قوله ويجوز أن يكون إشارة الى ذلك) أقول بتأويل ما ذكر

والاول أظهر لقوله ( وعن علمائنا الثلاثة رجعهم الله في النواذر أنه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي فإنه لا يجوز قضاؤه عنده كالاتقبل  
شهادته عنده ) وقيل هذا بناء على أن الإيمان يزيد وينقص فإن الأعمال من الإيمان عنده فاذا فسق فقد انتقص إيمانه ( وقال بعض  
المشايخ أنه إذا قلنا الفاسق يصح ولو قلنا وهو عدل ففسق ينزل به لأن المقلد اعتمد عدالة الله في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها ) فكان  
التقليد مشروطا بقاء العدالة فينتفي بالتفتائها واعتراض بأن قول الفقهاء البقاء ( ٤٥٥ ) أسهل من الابتداء في جواز

التقليد مع الفسق ابتداء  
والعزل بالفسق الطارئ  
والاول ثابت لأنه من مسلمات  
هذا الفن ينبنى عليه أحكام  
كثيرة كبقاء النكاح بلا  
شهود وامتناعه ابتداء  
بدونها وجواز الشروع في  
الهمة بقاء لا ابتداء فينتفي  
الثاني وهو ثبوت القضاء  
بالفسق ابتداء والعزل  
بالفسق الطارئ والجواب  
يؤخذ من الدليل المذكور  
وهو أن التقليد كان معلقا  
بالشرط فإن تعليق القضاء  
والامارة بالشرط جائز بدليل  
ما روي أن رسول الله صلى  
الله عليه وسلم بعث جيشا  
وأمر عليهم زيد بن حارثة ثم  
قال ان قتل زيد فجعفر  
أميركم وان قتل جعفر  
فعبد الله بن رواحة أميركم  
وكذلك تعليق عزل القاضي  
بالشرط جائز كره في باب  
موت الخليفة من شرح  
أدب القاضي والمعلق بالشرط  
ينتفي بالتفتائه والفرق بين  
القضاء والامارة والامارة  
في أن الامام أو الامير اذا  
كان عدلا وقت التقليد

وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كالاتقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رجعهم الله  
في النواذر أنه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ رجعهم الله إذا قلنا الفاسق ابتداء يصح ولو قلنا وهو عدل  
ينزل بالفسق لأن المقلد اعتمد عدالة الله فلم يكن راضيا بتقليده دونها

الجاريون والسمقيون ومعنى يستحق العزل أنه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول وقيل اذا  
ولى عدلا ثم فسق ان عزل لان عدالة الله في معنى المشروطة في ولايته لأنه حين ولاه عدلا اعتمد عدالة الله  
فكانت ولايته مقيدة بعد الله فتزول بزوالها ولا شك أنه لو لم يكن ذلك ان عزل فان الولاية تقبل التقييد  
والتعليق بالشرط كما اذا قال له اذا وصلت الى بلدة كذا فأنت قاضيا واذا وصلت الى مكة فأنت أمير  
الموسم والاضافة كأن يقول جعلتك قاضيا في رأس الشهر ويستثنى منها كأن يقول جعلتك قاضيا  
الا في قضية فلان أو لا تنتظر في قضية كذا لكن لا يلزم ذلك اذا يلزم من اختيار ولايته لاحل تقييدها  
به على وجهه نزول بزواله فلا ينزل وبهذا التقرير يدفع المرد من أن البقاء أسهل من الابتداء وفي  
الابتداء يجوز ولاية الفاسق في البقاء لا ينزل وانفقوا في الامارة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق  
لأنها مبنية على القهر والغلبة ثم الدليل على جواز تعليق الامارة وضافته لقوله صلى الله عليه وسلم حين  
بعث البعث الى مائة وأمر عليهم زيد بن حارثة ان قتل زيد فجعفر أميركم وان قتل جعفر فعبد الله  
ابن رواحة وهذه الفصحة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي ثم الرشوة أربعة أقسام منها  
ما هو حرام على الآخذ والمعطى وهو الرشوة على تقليد القضاء والامارة ثم لا يصير قاضيا الثاني ارتشاء  
القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان  
يحق أو يبطل أما في الحق فلا نه واجب عليه فلا يحل أخذ المال عليه وأما في الباطل فأظهر  
وحكي في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلثة أقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما  
سواه وهو اختيار شمس الأئمة لا ينفذ فيهما ينفذ فيهما وهو ما ذكره البرزوي وهو حسن لان حاصل أمر  
الرشوة فيما اذا قضى بحق يجابها ففسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه  
يحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه به أنه اذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعنى  
والقضاء عمل لله تعالى وارتشاء القاضي أو ولده أو من لا تقبل شهادته له أو بعض أعوانه سواء اذا كان  
بعمله ولا فرق بين أن يرتشى ثم يقضى أو يقضى ثم يرتشى وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث الى شافعي ليقتضى  
لا ينفذ قضاء الثاني لان الاول عمل في هذا نفسه حين أخذ الرشوة وان كان كتب الى الثاني ليسمع  
الخصومة وأخذ من مثل أجرة الكتاب صح المكتوب اليه والذي قلنا بواسطة الشفعة كالذي قلنا احتسابا في  
أنه ينفذ قضاؤه وان كان لا يحل طلب الولاية بالشفعة الثالث أخذ المال ليسوى أمره عند السلطان  
دفع الضرر أو جلب المنفعة وهو حرام على الآخذ لا الدافع وحيلة حلها لا أخذ أن يستأجره يوما الى الليل  
أو يومين فتصير منافعه له لو كره ثم يستعمله في الذهاب الى السلطان للامر الفلاني وفي القضية قسم  
الهديبة وجعل هذا من أقسامها فقال حلال من الجانبين كالاهداء لا تتودد وحرام من الجانبين

ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة أن مبني الامارة على السلطنة والقهر والغلبة ألا ترى ان من الامر امن قد غلب وجار وأجازوا  
أحكامه والصحة تقلد الأعمال منه وصلا خلفه وأما مبني القضاء فإنه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة

( قوله والاول أظهر لقوله الخ ) أقول وفيه تأمل لحقافة دلالة ما ذكره على الظهريه ( قوله وقيل هذا بناء الخ ) أقول فيه بحث ( قوله  
والاول ثابت ) أقول يعنى قوله البقاء أسهل ( قوله وامتناعه الخ ) أقول يعنى امتناع النكاح بلا شهود ( قوله وجواز الشروع في الهمة الخ )  
أقول كما اذار جمع الواهب في البعض الشائع واستحق البعض الشائع ( قوله وأما مبني القضاء الخ ) أقول اذا كان عدلا وقت التقليد

(والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها وقيل يصلح لانه يخاف، أن ينسب الى الخطأ فلا يترك الصواب وأما الثاني) يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ القدوري يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا لكن (الصحيح أن أهلية الاجتهاد بشرط الاولوية) قال الخصاص القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له رأى فان لم يكن له رأى وسأل فقيها أخذ بقوله (قوله فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه (٤٥٦) جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسباق الكلام ويحتمل أن يكون المراد به

من لا يحفظ شيئا من أقوال الفقهاء وهو المناسب لسباق الكلام وهو قوله (خلافا لشافعي) فانه علل له بقوله (ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم) ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود لتحري غيره بالاتفاق فلو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر (ولنا أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره لان المقصود من القضاء هو أن يصل الحق الى المستحق) وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره وبؤيده ما ذكره أحمد بن حنبل رحمه الله في مسنده عن علي رضي الله عنه قال أنفذني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وأنا حديث السن فقلت تنفذني الى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله تعالى سيهدي لسانك وينبت قلبك فهاشككت

وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين وخبره غير مقبول في البيانات وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد في اصابة الحق حذارا للنسبة الى الخطأ وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد بشرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا لشافعي رحمه الله وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو اصال الحق الى مستحقه

كلاهما دليله على الظلم حلال من جانب المهدي حرام على الآخر خذوه وان يهدي اليكف عنه الظلم والحيلة أن يستأجر الخ قال هذا اذا كان فيه شرط أما اذا كان الاهداء بلا شرط ولكن يعلم بقين انه انما يهدي اليه ليعينه عند السلطان فتشايخنا على انه لا بأس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى اليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع اليه على نفسه وماله حلال للدافع حرام على الآخر خذ لان دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب (وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين) وقد ظهرت خيانتة للدين (وقيل يستفي لانه يجتهد كل الجهد حذارا أن ينسبه فقهاء عصره الى الخطأ وأما الثاني) وهو اشتراط أهلية الاجتهاد (فالصحيح أنه ليس بشرط الاولوية بل الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) ويحكم بفتوى غيره (خلافا لشافعي) ومالك وأحمد وقولهم رواية عن علمائنا من محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا ولكن المختار خلافه قالوا القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم قلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره (ومقصود القضاء وهو اصال الحق الى مستحقه) ورفع الظلم (يحصل به) فاشتراطه ضائع والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد فانه لا قطع في مسائل الشك واذا قضى بقول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال اجتهد رأي لا يلزمه اشتراطه وانما يذكر معاذ الاجماع لانه لم يكن حجة في زمنه صلى الله عليه وسلم وقد قدمنا أيضا عن الغزالي توجيه خلافه فيعلم في هذا الزمان وفي بعض نسخ الهداية الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي صلى الله عليه وسلم عليا اليمن ولم يكن مجتهدا فليس بشي فانه عليه الصلاة والسلام دعاه بأن يهدي الله قلبه ويثبت لسانه فان كان به هذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا اشكال والافقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسادد وهذا غير ثابت في غيره وسنذكر حديثا على رضي الله عنه واعلم أن ما ذكره في القاضي ذكر في المفتي فلا يبقى الا المجتهد وقد استقر رأي الاصوليين على أن المفتي هو المجتهد وأما غير المجتهد فمن يحفظ أقوال المجتهد فليس يفتي والواجب عليه اذا سئل أن يذكر قول المجتهد كأبي حنيفة على جهة الحكاية فعرّف أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي لما أخذه المستفتي وطرق نقله كذلك عن المجتهد أحد أمرين إما أن يكون له فيه سند اليه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب

في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد محمد

(قوله ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيئا الخ) أقول فيه بحث فان مقتضى التشبيه بالتحري أن يراد بالجاهل غير المجتهد لا من لا يحفظ شيئا من أقوال الفقهاء (قوله ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد) أقول لعل المراد بالعلم المعهود أعني العلم بالحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية بقرينة المقام (قوله وشبهه بالتحري) أقول يعني شبه المصنف على ما وجد في بعض النسخ بعد قوله دون العلم فصار كالتحري فانه لا يصل بتحري غيره (قوله فانه يدل على أن الاجتهاد الخ) أقول الكلام في صحة ولاية المستمر على الجهل

وينبغي للقلد أن يختار من هو الاقدار والاولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلدا انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين

محمد بن الحسن ونحوهما من التصانيف المشهورة للجهتدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المشهور هكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجدنا بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزومها فيها الى محمد ولا الى أبي يوسف لانهم لم تستهتر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلاً في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلاً على ذلك الكتاب فلو كان حاقظاً لا قايلاً المختلفة للجهتدين ولا يعرف الحق ولا قدرته على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها يقتضي به بل يحكمها بالاستفتي فيجتار المستفتي ما يقع في قلبه انه الاصوب ذكره في بعض الجوامع وعندى انه لا يجب عليه حكاية كل ما يبل يكفيه أن يحكي قولاً منها فان المقلد ان يقلد أي مجتهد شاء فاذا ذكر أحد ما نقله حصل المقصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا نعم لو حكى الكل فالأخذ بما يقع في قلبه انه الاصوب اولى والعامى لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم وخطئه وعلى هذا اذا استفتي فقيهان أعني مجتهدين فاختلعا عليه الاولى أن يأخذ بما يميل اليه قلبه منهما وعندى أنه لو أخذ بقول الذي لا يميل اليه قلبه جاز لان ميله وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ قالوا المنتقل من مذهب الى مذهب آخر باجتهاد وبرهان أنتم يستوجب التعزيز فبلا اجتهاد وبرهان اولى ولا بد أن يراعى هذا الاجتهاد معنى التكرى وتحكيم القلب لان العامى ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال انما يتحقق في حكم مسألة خاصة قلده وعمل به والافقوله قلدت أبا حنيفة فيما أفتى من المسائل مثلاً والتمت العمل به على الاجال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعده لانه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة فيما يقع له من المسائل التي تعين في الوقائع فان أرادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالزامه نفسه ذلك قولاً لاؤنية شرعاً بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج اليه لقوله تعالى فاستأوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والسؤال انما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وحينئذ اذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عليه علمه والغالب أن مثل هذه الزامات منهم لكف الناس عن تبسع الرخص والا أخذ العامى في كل مسألة بقول مجتهد قوله أخف عليه وأنا لا أدري ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الانسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يجب ما خفف عن أمته والله سبحانه أعلم بالصواب (قوله) وينبغي للقلد وهو من له ولاية التقليد (أن يختار من هو الاقدار واولى) لديانته وعفته وقوته دون غيره وبرزقه من بيت المال ولا بأس للقاضي أن يأخذوا ان كان غنياً مثيراً وان احتسب فهو أفضل والاصل فيه قوله تعالى في مال اليتيم اذا عمل فيه الوصى ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل كل بالمعروف وذكر عن عمر رضي الله عنه انه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلي على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لانه فرغ نفسه للعمل للمسلمين فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا وكان عمر رضي الله عنه يرزق شريحاً كل شهر مائة درهم ورزقه على خمسمائة وذلك لقله عياله في زمن عمر رضي الله عنه أو رخص السعر وكثرة عياله في زمن علي رضي الله عنه أو غلاء السعر فرزق القاضي لا يقدر بشئ لانه ليس بأجر لانه لا يحل على القضاء وانما يختار الاولى لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه البخاري في المستدرک عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استعمل رجلاً على عصاة وفي تلك العصاة من هو أراضى الله منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وقال صحيح الاسناد وتعقب بحسين بن قيس فانه ضعيف وضعفه العقيلي وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله

(نعم ينبغي للقلد أن يختار الاقدار والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلدا انسانا عملاً وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين) وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل

(قوله) فلا يلتفت الى ما قيل (الح) أقول وقد مر في باب الاحرام من كتاب الحج

(قوله وفي حد الاجتهاد) اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالاً فان بيانه تفصيلاً موضع أصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلاً (وحاصل ذلك أن يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لثلايشغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين العبارتين (٤٥٨) نير (وقيل أن يكون مع ذلك) أي مع ما ذكرنا من أحد الأمرين (صاحب قريحة) أي

وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لثلايشغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بمعادات الناس لأن من الأحكام ما يفتي عليها قال (ولأبأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه) لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفي بهم قدوة ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف

عنه وأخرجه الطبراني من غير طريق حسين هذا عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تولى من أمر المسلمين شيئاً فاستعمل عليهم رجلاً وهو يعلم أن فيه من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله وجاعة المسلمين وروى أبو يعلى الموصلي في مسنده عن حذيفة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أعمار رجل استعمل رجلاً على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفضل منه فقد غش الله ورسوله وجاعة المسلمين والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة وأطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فان له أن يولي ويعزل كذا قالوا ولا بد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك يعرفهم فان نائب الشام وحلب في دييارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاء ولا يعزلون ولو لولي حكم المولى ثم جاء بكتاب للسلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا أمر عبده على ناحية وأمره أن ينصب القاضي جاز فان نصبه كنب السلطان بنفسه (قوله وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصل ذلك) الكلام (أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لثلايشغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين القولين أن على الاول نسبته الى معرفة الحديث أكثر من معرفته بالفقه وفي الثاني عكسه ثم إن المصنف رتب على الاول كونه حينئذ يعرف معاني الآثار والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطة الاحكام الدالة عليها الفاظ الحديث وعلى الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بأنهم ما قولان ولا شك في ذلك لانهما متضادان لان كونه أدري بالحديث من الفقه يضاد كونه أدري بالفقه من الحديث وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج الى الأمرين جميعاً وهو تحرزه من القياس في معارضة النص ومعرفة معاني الآثار ليتمكن من القياس فالوجه أن يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ويمتنع عن القياس بخلاف النص والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامهما من عبارتهما وإشارتهما وماودالاتهما واقتضائهما وباقي الاقسام نامتخهما ومنسوخهما ومناطاة أحكامهما ومشروط القياس والمسائل المجمع عليها لثلا يقع في القياس في مقابلة الاجماع وأقوال الصحابة لانه قد قدمه على القياس فلا يقبس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله (وقيل أن يكون صاحب قريحة الخ) فهذا القيل لا بد منه في المجتهد فن آتقن هذه الجملة فهو أهل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده وهو أن يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الأدلة ولا يقلد أحداً (قوله ولأبأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا ولا نه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف)

طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكندة ينتقل من المطالب الى المبادئ ومنها الى المطالب بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح أن يكون سبباً له من عرف أو عادة فان من الاحكام ما يفتي عليها مخالف للقياس كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك قال (ولا بأس بالدخول في القضاء الخ) ولأبأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه اذا ولاه قام بما هو فرضه وهو الحق لان القضاء بالحق فرض أمر به الانبياء قال الله تعالى اداود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا صلى الله عليه وسلم انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه أنه يؤدي هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفي بهم قدوة ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر واعترض بأن الدخول في فرض الكفاية أن لم يكن واجباً فلا أقل من الندب كما في صلاة الجنائز وغيرها

اما

وأجيب بانه كذلك الآن فيه خطر الوقوع في المحذور

(قوله وحاصل ذلك أن يكون الخ) أقول قوله له خبر ويجوز أن يكون حالاً وان يكون صفة بل هو أولى (قوله من عرف أو عادة) أقول للتخفيف والتعبير (قوله وتعاطي العجين) أقول أي استقرضه فان القياس يأبى جواز عدم إمكان معرفة المساواة فيه لعدم إمكان معرفة ما دخل في كل منهما من الماء (قوله وقال لنبينا عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه تأمل

فكان به بأس قال (وبكره الدخول فيه لمن يخاف العجز الخ) من خاف العجز عن أداء فرض القضاء ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الحود فيه كرهه الدخول فيه كي لا يصير الدخول فيه شرطا أي وسيلة إلى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء وإنما عبر بلفظ الشرط لأن أكثر ما يقع من الحيف انما هو بالميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشا وفي الغالب يكون ذلك مشروطا بمعتقدار معين مثل أن يقول لي على فلان أوله على مطالبة بكذا فان قضيت لي فلان كذا وكره بعض العلماء أو بعض السلف الدخول فيه مختاراسواء وثقوا بأنفسهم أو خافوا عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في أدب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه إلا مكرها ألا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله دعى إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشر أصحابي فاستشار أبا يوسف رحمه الله فقال أبو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر إليه أبو حنيفة نظر المغضب وقال أرايت لو أمرت أن أغبر البحر سباحة كنت أقدر عليه وكأني بك قاضيا وكذا دعى محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد واستدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكن رواه أبو هريرة رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكن قال لأن السكن يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكن يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر وبإل القضاء لا يؤثر في الظاهر فإن ظاهره جاء وعظمه لكن في باطنه هلاك وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لأحد أن يردى هذا اللفظ كي لا يصيبه (٤٥٩) ما أصاب ذلك القاضي فقد حكى أن قاضيا روى له هذا الحديث

قاضيا روى له هذا الحديث فازدراه وقال كيف يكون هذا ثم دعى في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه أذعطس فأصابه الموسى وألقى رأسه بين يديه ثم قال المصنف (والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل) روى الحسن عن أبي يوسف ومحمد أنه إذا قلد من غير مسئلة لا بأس به وقال (الترك عزية لأنه قد يخطئ ظنه)

قال (وبكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه) كي لا يصير شرطا لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختار القول عليه الصلاة والسلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكن والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل والترك عزية قلعه يخطئ ظنه ولا يوفق له أولا يعنه عليه غيره ولا بد من الاعانة إلا إذا كان هو أهلا للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقليد صيانة لحقوق العباد وإخلاص للعالم عن الفساد

أما إن العبادة تقلدوا فحديث معاذ معروف وكذا على رضي الله عنهم الرواية أبي داود عن علي قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا أعلم لي بالقضاء فقال إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء قال فأنزلت قاضيا أو ما شككت في قضاء بعدد ورواه أحمد واسحق بن راهويه والطحاوي وقال صحيح الإسناد وأخرجه ابن ماجه وفيه فضر بصدري وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فما شككت الحديث وصححه أيضا الحاكم في المستدرک عن ابن عباس قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم عليا رضي الله عنه إلى اليمن فقال علمهم الشرائع واقض بينهم الحديث وصححه ثم قلد على شريحا لإمام وأمانه فرض كفاية

فما اجتهد (ولا يوفق له) إذا كان مجتهدا (أولا يعنه عليه غيره ولا بد من الاعانة) إن كان غير مجتهد وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي للخصاف دخل في القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه أصح وأسلم لديه لأنه ملتزم أن يقضى بحق ولا يدرى أي قدر على الوفاء به أولا وفي ترك الدخول صيانة لنفسه وهذا إذا كان في البلد غير ممن يصلح للقضاء (فأما إذا كان هو الأهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد) في حقهم (وإخلاص للعالم عن الفساد) في الحدود والقصاص فإذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أتموا أن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم والأفلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الأثم لا دانه إلى تضييع أحكام الله تعالى

(قوله فكان به بأس) أقول سبق من الشارح في أول فصل التنفيل أن قول من قال كلمة لا بأس تستعمل فيما يكون تركه أولى لبس بمجرى على عومه (قوله كي لا يصير الدخول فيه شرطا أي وسيلة إلى مباشرة القبيح) أقول فيه بحث فان شرط مباشرة القبيح على ما ذكره ليس بالدخول في القضاء فلا يطابق المشروح ولا يبعد أن يدعى كون الدخول شرطا لصدق تعريضه عليه فتأمل (قوله ألا ترى أن أبا حنيفة الخ) أقول فيه أن قصة أبي حنيفة لا تدل على جواز الدخول فيه ولو مكرها ألا ترى أنه أكره عليه ولم يدخل قال المصنف (والصحيح الخ) أقول فالحديث محمول على القاضي الجائر أو الطالب (قوله لأنه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد الخ) أقول فيه بحث فان المجتهد إذا أخطأ ثاب وعندي الأصوب أن يقال قلعه يخطئ ظنه أي ظنه قبل الدخول في القضاء بأنه يقضى بالحق أهله يخطئ أذرعنا يظهر الطمع الكامن الذي كان غافلا وغير ذلك من الغصب والتعصب والميل إلى بعض الأشياء والخوف (قوله إن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم) أقول أي لا يفصل الخصومات بين الناس كما ينبغي

قال (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولأن من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم

فقد قدمناه غير أن مقتضاه أن يكون الدخول فيه مستحبا وبعبارة لا بأس أكثر استعمالها في المباح وما تركه أولى وحاصل ما هنا أنه إن لم يأمن على نفسه الخفيف أي الجور أو عدم إقامة العدل كرهه الدخول كراهة تحريم لأن الغالب الوقوع في محظوره حيث ذوان أمن أي برخصه والترك هو العزيمة لانه وإن أمن فالغالب هو خطا ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن الاستحباب هذا إذا لم تحصر الأهلية فيه وإن انحصر صار فرض عين وعليه ضبط نفسه إلا أن كان السلطان عن يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك وحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين حسنة الترمذي وأخرجه ابن عدى في الكامل من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضى فقد ذبح بغير سكين وحكى أن بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعاهن بسوى له لحيته فيبنيها هو يحلق له تحت لحيته في حلقومه اذ عطس القاضي فالتقى الموصي رأسه وقد حاه في التحذير من القضاء آثارا وقد احتجته أبو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال البحر عميق فكيف أعبره بالسباحة فقال أبو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال أبو حنيفة كائن بك فاضيا وقل أبي حنيفة كقول أبي قلابة ما وجدت القاضي إلا كساحج في بحر فكيف يسبح حتى يفسرق وكان دعى للقضاء فهرب حتى أتى الشام فوافق موت فاضيه فهرب حتى أتى اليمامة واجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن بنفوا ثلاثين يوما وأنفوا وأربعين يوما ليقلده وقد أخرج مسلم عن أبي ذر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له يا أبا ذر إن أحب لك ما أحب لنفسى لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال البيت وأخرج أبو داود عن أبي بردة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق ف قضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض ورجل لم يعرف الحق ف قضى للناس على جهل فهو في النار وفي صحيح ابن جبان عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يمتني أنه لم يقض بين اثنين في عمره وأخرج الحاكم عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي عشرة فكم بينهم بما أحبوا أو كرهوا جنى به يوم القيامة مغالوة يداها إلى عنقه فان حكم بما أنزل الله ولم يرتس في حكمه ولم يخف فلك الله عنه غلة وإن حكم بغير ما أنزل الله وارتشى في حكمه وحاف فيه شدة يساره إلى يمينه ثم رمى به في جهنم وروى النسائي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عني وبين القضاء لاخترت ضرب عني وأخرج ابن سعد في الطبقات قال استعمل أبو الدرداء على القضاء فأصبح الناس يهنونه بالقضاء فقال آتهموني بالقضاء وقد جعلت على رأس مهواة منزلتها بعد من عدن آيين وأما ما في البخاري سبعة يظلمهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل فلا ينافي بحجته أو لا مغالوة يده إلى عنقه إلى أن يفكها عاده فيظلمه الله تعالى في ظله فلا يعارض (قوله وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل إلى نفسه الخ) أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سأل القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولفظ أبي داود من طلب القضاء واستعان عليه وأخرجه الترمذي أيضا على أنس مرفوعا من ينبغي القضاء وسأل فيه شفعاء وكل إلى نفسه ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب وهو أصح من حديث أسرايسيل يريده سند الأول وأصح من الكل

قال (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها الخ) من صلح للقضاء ينبغي له أن لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى أنس ابن مالك رضي الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وكل بالتخفيف أي فوض أمره إليها ومن فوض أمره إلى نفسه لم يمتد إلى الصواب لأن النفس أمارة بالسوء لأن من طلب القضاء فقد اعتمد فقعه وورعه وذكاه وأعجب فيحصر التوفيق وينبغي أن لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به وإذا أكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور والقلب بالأكراه على ما لا يحب ويرضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق

(قوله ثم يجوز بالتقليد)

تفريع على مسئلة القدوري  
يتبين أنه لا فرق في جواز  
التقليد لاهلين أن يكون  
المولى عادلاً أو جائرًا فكما جاز  
من السلطان العادل جاز  
من الجائر وهذا لأن الصحابة  
رضي الله عنهم تقلدوا القضاء  
من معاوية وكان الحق مع  
على رضي الله عنهم في نوبته  
دل على ذلك حديث عمار  
ابن ياسر وانما قيد بقوله (في  
نوبته) احترازًا عما يقوله  
الروافض أن الحق مع على  
رضي الله عنه في نوبة أبي  
بكر وعمر وعثمان رضي  
الله عنهم أجمعين وليس  
الامر كما قالوا بل أجمع الأمة  
من أهل الحل والعقد على  
صحته خلافة الخلفاء قبله  
وموضعه باب الامامة في  
أصول الكلام وعلماء  
السلف والتابعين تقلدوه  
من الجحاح وجوره مشهور  
في الاتفاق وقوله (الاذا  
كان لا يمكنه من القضاء)  
لستثناء من قوله يجوز التقليد  
من السلطان الجائر فإنه اذا  
كان لا يمكنه من القضاء  
(لا يحصل المقصود بالتقليد)  
فلا فائدة لتقليده بخلاف  
ما اذا كان يمكنه

(قوله احترازًا عما يقوله

الروافض) أقول ويحتمل

أن يكون احترازًا عن

خلافه معاوية باستقلاله

(ثم يجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية  
رضي الله عنه والحق كان يسد على رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الجحاح وكان جائرًا  
الاذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقليد بخلاف ما اذا كان يمكنه

حديث البضاري قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن مبرة لا تسأل الامارة فانك ان أوتيتها  
عن مسئلة وكنت اليها وان أوتيتها عن غير مسئلة أعنت عليها واذا كان طلب الولاية أن يوكل الى نفسه  
وجب أن لا يحصل لانه حينئذ معلوم وقوع الفساد منه لانه محذور (قوله) ويجوز التقليد من السلطان  
الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان يسد  
على رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الجحاح) هذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه  
لا في أفضيته ثم انما يتم اذا ثبت انه ولي القضاء قبل تسليم الحسن له وأما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام  
عام الحاجة واستتضى معاوية بأالدرداء بالشام وبهجمات وكان معاوية رضي الله عنه استشاره فحين  
يولي بعده فأشار عليه بفضالة بن عبيد الانصاري فولاه الشام بعده وقوله في نوبته نوبة على التي ذكرها  
المصنف هي كونه رابعًا بعد عثمان وقيد بنوبته احترازًا عن قول الروافض انه كان أحق بها في سائر النوب  
حتى من أبي بكر رضي الله عنه وانما كان الحق معه في تلك النوبة لصحة بيعته وانعقادها فكان على  
الحق في قتال أهل الجبل وقتال معاوية بتصفين وقوله عليه الصلاة والسلام لعمارتك الفتنة الباغية  
وقد قتله أصحاب معاوية بصريح بانهم بغاة ولقد أظهرت عائشة رضي الله عنها الندم كما أخرجه ابن عبد  
البرقي الاستيعاب قال قالت رضي الله عنها لابن عمر يا أبا عبد الرحمن ما منعك أن تنهاني عن مسيري قال  
رأيت رجلاً غلب عليك يعني ابن الزبير فقالت أما والله لو نهيتني ما خرجت وأما الجحاح فعماله معروف  
في تاريخ البضاري بسنده عن أبي اسحق قال كان أبو بردة بن أبي موسى على قضاء الكوفة فعزله الجحاح  
وجعل أخاه مكانه وأسند في موضع آخر عن ضمرة قال استفضى الجحاح أبا بردة بن أبي موسى وأجلس  
معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الجحاح بعده بستة أشهر وفي تاريخ أصحابنا للعافظ أبي  
نعم عبد الله بن أبي مرزوم الهموي في القضاء بأصحابنا للجحاح ثم عزله الجحاح وأقام محبوساً بواسط فلما  
هلك الجحاح رجع الى أصحابنا وتوفي بها وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء طلحة بن عبد الله  
ابن عوف أبو محمد الذي يقال له طلحة الندي ابن أخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية  
على المدينة وهو تابعي يروي عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي بكر رضي الله عنهم وقوله (الاذا كان  
لا يمكنه من القضاء بحق) استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر (لان المقصود لا يحصل  
من التقليد) حينئذ وهو ظاهر هذا واذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد  
المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة في بلاد المغرب الآن وبلنسية وبلاد الحبشة وأقروا المسلمين عندهم  
على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولى قاضيا أو يكون هو الذي  
يقضي بينهم وكذا نصبوا لهم اماما يرضى بهم الجمعة (فروع في العزل) للسلطان عزل القاضي بريبة  
وبلارية ولا ينزل حتى يبلغه العزل وينزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضي ينزل نائبه وكثير  
من المشايخ على أن النائب لا ينزل بعزل القاضي لانه نائب للسلطان وينزل القاضي بعزله نفسه اذا  
بلغ السلطان ومالم يبلغه لا ينزل كعزل الوكيل نفسه لا ينزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا ينزل القاضي  
بعزل نفسه لان قضاءه صار حقا للعلمة فلا يمكن إبطاله وعن أبي يوسف لا ينزل بعزل السلطان حتى يأتي  
قاض آخر صيانة لحقوق الناس ومثله وصى القاضي اذا عزل نفسه يشترط علم القاضي ويجوز تعليق  
العزل بالشرط ومن صورته اذا كتب الخليفة اليه اذا وصل كتابي هذا فأنت معزول لا ينزل حتى يصل  
اليه الكتاب ولم يجز تطهير الدين تعليق العزل وليس بشيء وينزل خلفاء القاضي بموته ولا ينزل امرأه

قال ( ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله الخ ) من ثوى القضاء بعد عزل آخر تسلم ديوان القاضي الذي كان قبله والديوان هو الخراط التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصلوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات لانها أى السجلات وغيرها انما وضعت في الخراط لتكون حجة عند الحاجة فجعل في يده من له ولاية القضاء والا لاتنفيذ وسماها حجة وان لم يكن المكتاب منفردا عن التذكير والبيئة حجة لانها تقول اليها بالتذكير ثم البياض أى الذى كتب فيه الحادثة ورقا كان أو ورقا لا يخلو عن أمور ثلاثة اما أن يكون من بيت المال أو من مال الخصوم أو من مال القاضي الاول فان كان الاول فوجه تسليم القاضي اياه ظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعله وقد انتقل الى المولى وكذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذته تدينا لاتعزلا وقوله في الصحيح في صورتين ( ٤٦٣ ) احتراز عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم

قال ( ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله ) وهو الخراط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فجعل في يده من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذته تدينا لاتعزلا ولا يبعث أمينين ليقبضها بحضرة المعزول أو أمينه ويسأل لانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كى لا يشبه على المولى

الخليفة ولو قلدر رجل قضاء بلدة لها قاض هل يعززل الاول عن أبي يوسف لا يعززل قال في الخلاصة وهو الاشبه ولو شرط في القضاء شرط ما مثل أن لا يمثل أمر أحد فخالف انعزل وعن أبي حنيفة لا يتول القاضى على القضاء أكثر من سنة ثم يعزله ويقول أشغلناك اذهب فاشتغل بالعلم ثم اثنتا ( قوله ومن قلد القضاء يسأل ) أى أول ما يبدأ به من الاعمال هذا وهو أن يسأل أى يطلب من القاضي المنعزل ديوانه ثم يفسر ديوانه بأنه ( الخراط التي فيها السجلات وغيرها ) من كتب الاوقاف وكتب نصب الاوصياء والمحاضر والصلوك وتقدير النفقات للائتمار وغيرهم مما اقتضاه الحال وانما يطلبه ( لانها ) انما وضعت عند القاضي ( لتكون حجة ) ووثيقة مخفوفة ( عند ) القاضي اذا وقعت ( الحاجة ) الى الحجة ومعرفة الاحوال ( فجعل عند من له ولاية النظر ) في أمورهم وما كانت عند الاول الا لانه كذلك ( ثم ان كان البياض ) الذى كتب فيه القاضي ورقا أو ورقا ( من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال أرباب القضاة في الصحيح لانه رضى به ) لانه للقاضى لانه ملك الذات ( وقد انتقل ) القضاء ( الى ) القاضي ( المولى ) وان كان ملك القاضي فكذلك في الصحيح لانه اتخذته تدينا ليحفظ به أمور الناس وحاجاتهم ( لاتعزلا ولا يبعث ) المولى ( اثنين ) أو واحدا مونا ( ليقبضها بحضرة المعزول أو ) من ( أمينه ويسأل ان ) أعني الامينين ( المعزول شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة ) مثلا الصكوك في خريطة والنفقات في خريطة وكتب الاوقاف في خريطة ليكون أسهل للتناول بخلاف ما اذا خلط الكل فان في الكشف عنه حيث نعرش اسديدا وفي عرف ديوان ليس عند القاضي صكوك الناس ولا

أموال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه أو وهبه ولكن الصحيح فيها ما ذكر ( قوله ولا يبعث أمينين ) بيان لكيفية التسليم وهو أن يبعث المولى رجلين من ثقائه وهو أحوط والواحد يكتفي ( ليقبضها بحضرة المعزول أو أمينه ويسأل لانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة كى لا يشبه على المولى ) وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخراط بيد المعزول رجعا لا يشبه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب وأما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت مجتمعة تشبه على

المولى فلا يتصل الى المقصود وقت الحاجة أو يتعسر عليه ذلك

كتب

( قوله والا لاتنفيذ ) أقول يعنى فائدتها المطلوبة منها ( قوله لانها تقول اليها بالتذكير ) أقول لم يذ كر البيئة لان الحجة عند قيام البيئة هي البيئة لا الكتاب الشرعى بخلاف صورة التذكير فانه لما كان سببا للتذكير الذى هو الحجة حقيقة جعل حجة فتأمل فان في عبارة قول اليها فوقع سهو عاقلنا ولكن الامر سهل بقى ههنا بحث لان الحجة بالتذكير انما تكون بالنسبة الى القاضي الذى وضعها فيها ووقعت الحادثة بين يديه فلا فائدة في تسليم القاضي الجديد اياها ( قوله لانه ملكه أو وهبه له ) أقول لو اقتصر على قوله لانه ملكه لا تنظم صورتين وانما ذكر قوله أو وهبه له تنبيها على طريق تلكه انما يحتاج على بعض الافهام فتأمل ثم قوله لانه ملكه أى في الثاني وقوله أو وهبه له أى في الاول

(وهذا السؤال) أي سؤال المعزول (لكشف الحال لا للالزام) فإنه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبض ذلك بختام على ذلك احتراز عن الزيادة قبل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى إلى المفعول الثاني بمن وهما ليس كذلك وأجيب بأن المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسأل لأن المعزول عن أحوال السجلات وغيره وقوله شيئاً فشيئاً منصوب بعامل مضمرب يدل عليه قوله ويسأل لأنه أي يسأل لأن شيئاً فشيئاً عنهما وليس بشئ لأن الكلام في الثاني كالكلام في الأول والأولى أن يجعل حالا بمعنى مفصلاً كافي قوله تبينت له حسابه بابا بابا قال (ويظهر المولى في حال المحبوسين) بأن يبعث إلى الحبس من يحصيهم وبأثبات أسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم (لأنه نصب ناظراً) لأمور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن أحوالهم فيجمع بينهم وبين خصوصهم (فن اعترف بحق ألزمت إياه) وحسبه إذا طلب الخصم ذلك لأن الإقرار ولو الواحد يجعل عرضه وعقوبته أي حبسه (ومن أنكرك) ما يوجب الحبس (لم يقبل قول المعزول إلا بالينة لما تقدم أنه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه) فإن قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ودردهم إلى الحبس لإتمام الحجة وإن لم يعرفهم يسأل عن الشهود فإن عدلوا فكذلك (وإن لم تقم بينة) أو لم يحضر خصم وادعى المحبوس (٤٦٣) أن لا خصم له وهو محبوس بغير حق (لم يجعل

بختلته حتى ينادى عليه) أي ما إذا جلس يقول المنادي أن القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني خصمه فليحضر فإن حضر والافق رأى القاضي أن يطلقه فان لم يحضر حل منهم خصم أخذ منه كقبيل بنفسه وأطلقه لأن فعل المعزول حق ظاهر فلا يعمل بالتخلية ويستظهر أمره كي لا يؤدي إلى إبطال حق الغير لجواز أن يكون له خصم غائب يدعى عليه إذا حضر والفرق لا يبيح حيفه رجه الله في أخذ الكفيل هنا وبين مسألة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كقبيل على ما سيجيء

وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال (ويظهر في حال المحبوسين) لأنه نصب ناظراً (فن اعترف بحق ألزمت إياه) لأن الإقرار ملزم (ومن أنكرك لم يقبل قول المعزول عليه إلا بينة) لأنه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه (فإن لم تقم بينة لم يعمل بتخلية حتى ينادى عليه ويظهر في أمره) لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهر فلا يعمل كي لا يؤدي إلى إبطال حق الغير

كتب أو فافهم بل إذا كان القاضي هو ناظر الوقف (وهذا السؤال لكشف الحال) لا للزام العمل بمقتضى الجواب من القاضي فإنه التحق بسائر الرعايا بالعزل ثم إذا قبضه ختماء عليه خوفاً من طرأ التغيير وأما ما قيل بكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فليس إلى ذلك حاجة فإن كتب الأوقاف مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والحوائت محدودة (قوله ويظهر في حال المحبوسين) فيبعث إلى السجن من يحصيهم وبأثبات أسمائهم وأخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لأن القاضي ناظر في أمور المسلمين وهو لا يعمل بمحسوسون ولا بد أن ثبت عند سبب بوجوب حبسهم وثبوت عند الأول ليس حجة بعمدها الثاني في حبس هؤلاء لأن قول الأول لم يبق حجة (فن اعترف بحق ألزمت إياه) ورده إلى السجن الآن يبلغ المقدار الذي يخرج به من السجن عنده إذا لم يثبت له مال وكذا من أنكرك وشهد الشهود عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة فإن لم يعرف عدالتهم أخذ منهم كقبيل وأطلقهم حتى يتطرق في حالهم فإن ظهرت عدالة الشهود ورده إلى السجن إذا طلبه الخصم (ولو أخبر القاضي المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لأنه التوقيف) واحد من (الرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة) موجبة للعمل (لا سيما وهي على فعل نفسه) وهذا قال الشافعي ومالك وقال أحمد يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لأنه أمين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل أيضاً لا بحجة (وإذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة) بماوجب حبسه (لا يعمل) باطلاقه (لأن فعل القاضي ظاهراً) ما كان إلا (بحق) فيحتاج لخصمه الغائب

أن في مسألة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تأخير المحقق لأمير موهوم

(قوله وهذا السؤال أي سؤال المعزول) أقول أو سؤال أمينة فالسؤال ههنا مضاف إلى مفعوله (قوله قبل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام) أقول ولا يبعد أن يكون السؤال بمعنى الاستعطاء أي يستعطيان القاضي المعزول نوعاً من الخرافات فنوعاً آخر بعده مثل الاستعطاء أو لاخرية السجلات ثم خريطة الصكوك وعلى هذا السؤال لكشف الحال أي الاستعطاء على هذا الوجه ويؤيد كونه بمعنى الاستعطاء قوله ومن قلدا القضاء يسأل ديوان القاضي فافهم (قوله شيئاً فشيئاً منصوب) أقول يعني منصوب على المفعولية (قوله لأن الإقرار ولو الواحد يجعل عرضه الخ) أقول قال صاحب البدائع قال النبي عليه الصلاة والسلام لي الواحد يجعل عرضه وعقوبته انتهى فان قيل من أين علم أنه واحد قلنا من حبس القاضي المعزول فإن الظاهر أنه لو لم يعلم يسأره لم يحسبه قال المصنف (لم يقبل قول المعزول عليه إلا بينة) أقول فيه تسامح لظهور أن الحجة هي البينة لا قول المعزول (قوله فإن لم يحضر لرجل منهم خصم الخ) أقول يعني بعد النداء (قوله على ما سيجيء) أقول في فصل القضاء للموارث من هذا الكتاب

وأما ههنا فان الحق للغائب ثابت يبين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لامر موهوم وقيل أخذ الكفيل ههنا أيضا على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وذلك في المحيط الصحيح أن أخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كفيل لي أولا أعطى كفيلة لانه لم يجب على شيء نادى عليه شهرا ثم خلاه لأن طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتياط بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا (وينظر المولى في الودائع وارتقاء الوقوف) لانه نصب ناظرا في أمور الناس (فيجعل في المذكور على) حسب (ما تقوم به البيئة أو باعتراق من هو بيده) لانه لا بد لعله من جهة (وكل ذلك جهة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة إلا أن يعترف ذواليدان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار ذى اليد ثبت أن اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول به كأنه بيده للحال) ولو كان بيده عينا تصح اقراره به فكذا اذا كان بيده مودعه لان بيد المودع كيد المودع (الا اذا بدأ ذواليد بالاقرار لغير من أقره القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول (٤٦٤) لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي) والحاصل ان

هذه المسئلة على خمسة أوجه وذلك لان من بيده المال اما أن يقر بشيء مما أقر به المعزول أو يجحد كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شيء وان كان الاول فاما أن يقول دفعه القاضي الى وهو لفلان بن فلان من أقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب أولا بتعليله واما أن يقول دفعه القاضي الى المعزول وهو لفلان غير من أقره القاضي وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد أقر باليد فصار كأن المال في يده لما مر ثم أقر أنه

(وينظر في الودائع وارتقاء الوقوف فيجعل فيه على ما تقوم به البيئة أو يعترف به من هو في يده) لان كل ذلك جهة (ولا يقبل قول المعزول) لما بيناه (الآن يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها) لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقراره للقاضي كأنه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغير من أقره القاضي فيسلم ما في يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي

فينادي عليه وصفته أن يأمر كل يوم اذا جلس مناديا ينادى في محله من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليات الى القاضي بفعل ذلك أياما فاذا حضر وادعى وهو على جوده ابتداء الحكم بينهما وان لم يحضر أخذ منه كفيلا بنفسه اذ لعله محبوس بحق لغائب وأما رتبه في حبس قاض والظاهر أنه بحق فان قال لا كفيل لي وأبى أن يعطى كفيلا وجب أن يحتاط فورا آخر من الاحتياط فينادى شهران لم يحضر أحد أطاقه وقيل أخذ الكفيل هنا قوله ما أمان على قول أبي حنيفة فلا كمال في أصحاب الميراث اذا قسموا على ما سبأني والخمائر أن أخذ الكفيل هنا اتفاق والفرق لابي حنيفة ان المال ظاهر احق لهذا الوارث وفي ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه الى زمان حصول الكفيل لامر موهوم وههنا الظاهر أن حبسه بحق لظهور أن فعل القاضي بحق ولكنه مجهول فليس أخذ الكفيل لموهوم ولو قبل قبل النظر الى هذا الظاهر يجب أن لا يطلقه بقوله اني مظلوم حتى ترضى مدة يطلق فيها مدعى الاعسار كان جيدا (قوله وينظر في الودائع وارتقاء الوقوف) السكائنة تحت أيدي أمانه القاضي والذي في دارنا من هذا أن أموال الاوقاف تحت أيدي جماعة يوليهم القاضي النظر والمباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى أمين الحكم (فيجعل) فيها (على) حسب (ما تقوم به البيئة) انه لفلان أو غير ذلك (أو يعترف) الذي هو في يده (ولا يقبل قول المعزول) على من هي في يده اذا أنكروا وقال هي لي الابينة (لما بينا) انه الحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضي لانه هو المخصوص بان يتكفي بقوله في الالتزام حتى ان الخليفة الذي قلد القاضي لو أخبر القاضي انه شهد عنده الشهود بكذا الاية قضى به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر (والواحد لا يقبل قوله) (الآن يعترف الذي في يده أن) القاضي (المعزول سلمها اليه)

لفلان وهو لا يصح واما أن يقول هو لفلان لان غير من أقره القاضي ودفعه الى القاضي وهو المذكور في الكتاب آخر فحينئذ وحكمه ان المال يسلم الى المقر له أولا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي ان كان مثليا وقيمتان كان قيميا وهذا لان اقراره الاول لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الى القاضي وهو يقول لفلان آخر فقد أقر ان اليد كانت للقاضي وباقراره لغير من أقره القاضي أنلف المال على من أقره القاضي فكان ضامنا للثمن أو القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهبود وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما أن يبطل ما بعده أولا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذواليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالاقرار للغير لشمول الضمان أو لشمول العدم ولم أر أحدا ذكر الضمان للمقر له

(قوله فان الحق للغائب ثابت يبين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لامر موهوم وقيل أخذ الكفيل ههنا أيضا على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وذلك في المحيط الصحيح أن أخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كفيل لي أولا أعطى كفيلة لانه لم يجب على شيء نادى عليه شهرا ثم خلاه لأن طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتياط بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا (وينظر المولى في الودائع وارتقاء الوقوف) لانه نصب ناظرا في أمور الناس (فيجعل في المذكور على) حسب (ما تقوم به البيئة أو باعتراق من هو بيده) لانه لا بد لعله من جهة (وكل ذلك جهة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة إلا أن يعترف ذواليدان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار ذى اليد ثبت أن اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول به كأنه بيده للحال) ولو كان بيده عينا تصح اقراره به فكذا اذا كان بيده مودعه لان بيد المودع كيد المودع (الا اذا بدأ ذواليد بالاقرار لغير من أقره القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول (٤٦٤) لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي) والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة أوجه وذلك لان من بيده المال اما أن يقر بشيء مما أقر به المعزول أو يجحد كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شيء وان كان الاول فاما أن يقول دفعه القاضي الى وهو لفلان بن فلان من أقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب أولا بتعليله واما أن يقول دفعه القاضي الى المعزول وهو لفلان غير من أقره القاضي وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد أقر باليد فصار كأن المال في يده لما مر ثم أقر أنه لفلان وهو لا يصح واما أن يقول هو لفلان لان غير من أقره القاضي ودفعه الى القاضي وهو المذكور في الكتاب آخر فحينئذ وحكمه ان المال يسلم الى المقر له أولا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي ان كان مثليا وقيمتان كان قيميا وهذا لان اقراره الاول لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الى القاضي وهو يقول لفلان آخر فقد أقر ان اليد كانت للقاضي وباقراره لغير من أقره القاضي أنلف المال على من أقره القاضي فكان ضامنا للثمن أو القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهبود وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما أن يبطل ما بعده أولا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذواليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالاقرار للغير لشمول الضمان أو لشمول العدم ولم أر أحدا ذكر الضمان للمقر له (قوله فان الحق للغائب ثابت يبين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لامر موهوم وقيل أخذ الكفيل ههنا أيضا على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وذلك في المحيط الصحيح أن أخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كفيل لي أولا أعطى كفيلة لانه لم يجب على شيء نادى عليه شهرا ثم خلاه لأن طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتياط بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا (وينظر المولى في الودائع وارتقاء الوقوف) لانه نصب ناظرا في أمور الناس (فيجعل في المذكور على) حسب (ما تقوم به البيئة أو باعتراق من هو بيده) لانه لا بد لعله من جهة (وكل ذلك جهة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة إلا أن يعترف ذواليدان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار ذى اليد ثبت أن اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول به كأنه بيده للحال) ولو كان بيده عينا تصح اقراره به فكذا اذا كان بيده مودعه لان بيد المودع كيد المودع (الا اذا بدأ ذواليد بالاقرار لغير من أقره القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول (٤٦٤) لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي) والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة أوجه وذلك لان من بيده المال اما أن يقر بشيء مما أقر به المعزول أو يجحد كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شيء وان كان الاول فاما أن يقول دفعه القاضي الى وهو لفلان بن فلان من أقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب أولا بتعليله واما أن يقول دفعه القاضي الى المعزول وهو لفلان غير من أقره القاضي وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد أقر باليد فصار كأن المال في يده لما مر ثم أقر أنه لفلان وهو لا يصح واما أن يقول هو لفلان لان غير من أقره القاضي ودفعه الى القاضي وهو المذكور في الكتاب آخر فحينئذ وحكمه ان المال يسلم الى المقر له أولا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي ان كان مثليا وقيمتان كان قيميا وهذا لان اقراره الاول لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الى القاضي وهو يقول لفلان آخر فقد أقر ان اليد كانت للقاضي وباقراره لغير من أقره القاضي أنلف المال على من أقره القاضي فكان ضامنا للثمن أو القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهبود وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما أن يبطل ما بعده أولا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذواليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالاقرار للغير لشمول الضمان أو لشمول العدم ولم أر أحدا ذكر الضمان للمقر له

فأما في الوجه الرابع ويمكن أن يجاب عنه بأن الإقرار الأول أن كان باليد يختار ابطال ما بعده والا فلا وذلك لأن الإقرار من لا بد له لصدوره عن الاجنبي عن المقر به فاسد فإذا أقر باليد لشخص ثم أقر بعده بالملك لغيره بطل إقراره الثاني لصدوره عن لا يملكه وإذا أقر بالملك لغيره بما في يده صح إقراره ثم بالإقرار باليد لغيره يريد أن يبطل الأول وليس له ذلك لكونه إقرارا في حق غيره ولكنه يسمع في حق المودع لكونه إقرارا على نفسه بالتلاف، حقه بإقراره لغيره في وقت يسمع منه ذلك والله أعلم قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهر في المسجد الخ) الحاكيم يجلس للقضاء جلوسا ظاهر في المسجد كي لا يشبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والخائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة

فحينئذ ما أن يقول سلمها إلى ولا أدري لمن هي أو يقول سلمها إلى وقال هي لفلان بن فلان وهو الذي أقره القاضي المعزول ففي هذين يقبل قول المعزول فيه ما لأنه ثبت بإقرار من في يده أن البدعي كانت للقاضي فيه قبل إقرار القاضي فيها كماله كانت في يده حال إقراره أو يقول دفعه إلى القاضي المعزول وهو لفلان وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فاقول ما قال المعزول ويدفع لمن أقر به لأنه أقر باليد للقاضي فصار كأن المال في يده فأقر به لواحد وأقر به لهذا الرجل لا آخر وفيه يكون القول قول القاضي فكذا هذا أو بدأ بالإقرار لفلان فقال هو افلان بن فلان ثم قال دفعه إلى القاضي ففي هذا يؤمر بالتسليم إلى من أقره الأمين ويضمن مثله إن كان مثليا أو قيمته للمعزول في دفعه المعزول إلى من أقر به لأنه لما بدأ بالإقرار صرح إقراره ولزم لأنه أقر بما هو في يده فلما قال دفعه إلى القاضي فقد أقر أن اليد كانت للقاضي والقاضي يقرب به لغير من أقر به له فيصير هو متلفا لذلك على من أقره القاضي بإقراره لغيره فيضمنه هذا وأما لو شهد قوم أنهم سمعوا القاضي الأول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم وعهد من في يده أو شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فإنه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكره وكذا الوصيات الأولى واستقضى غيره فشهد بذلك ففرع يناسب هذا لو شهد شاهدان أن القاضي قضى لفلان على فلان بكذا أو قال القاضي لم أقض بشئ لا تجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضي وعند محمد تقبل وينفذ ذلك (قوله ويجلس للحكم جلوسا ظاهر) كي لا يشبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين وفي الخلاصة ولا تعب نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرفي النهار وكذا المنقذ والفقهاء (والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر) ثم الذي تقام فيه الجماعات وإن لم تصل فيه الجمعة قال فخر الإسلام هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة أما إذا كان في طرف منها فلا لزوم زيادة المشقة على أهل الشقة المقابلة فلا أولى أن يختار مسجدا في وسط البلد وفي السوق ويجوز أن يحكم في بيته وحيث كان إلا أن الأولى ما ذكرنا وبقولنا قال أحمد ومالك في الصحيح عنه (وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه) أي القضاء (يحضره المشرك وهو نجس بالنص) قال تعالى إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد (والخائض وهي ممنوعة عن دخوله) ولأن المساجد بنيت للصلاة والذكر والخصومات تقترب بالمعاصي كثير من اليمين الغموس والكذب في الدعاوى (ولنا) ما في الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد وفيه فتلا عنا في المسجد وأنا شاهد ولا بد من كون أحدهما كاذبا حائثا في يمين غموس وفي الصحيحين أيضا عن كعب بن مالك أنه تقاضى ابن أبي حنيفة دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج إليهما حتى كشف حجرتي فنادى يا كعب فقال ليسك يا رسول الله فأشار بيده أن يضع الشطر

غيره ولكنه يسمع في حق المودع لكونه إقرارا على نفسه بالتلاف، حقه بإقراره لغيره في وقت يسمع منه ذلك والله أعلم قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهر في المسجد الخ) الحاكيم يجلس للقضاء جلوسا ظاهر في المسجد كي لا يشبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والخائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة

(٥٩ - فتح القدير خامس) أنه صلى الله عليه وسلم قال إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولأن القضاء بالحق من أشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلاة

(قوله وروى عن أبي حنيفة أنه قال والمسجد الجامع أولى) أقول يعني أنه قال والمسجد عطف على الكلام السابق

ونجاسة المشرك في اعتقاده لافي ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها

(قوله ونجاسة المشرك)

جواب عن دليل الشافعي وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده لافي ظاهره فإنه ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينزل الوفود في المسجد (فلا يمنع من دخوله) إذا لاصيب الأرض منه شيء (والحائض تخبر بحالها) فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة) فإن قيل يجوز أن تكون الحائض غير مسلمة لا تعمق حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها قلنا الكفار ليسوا بمخاطبين بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها (ولو جلس القاضي في داره لا بأس بذلك) قال الامام فخر الإسلام إذا كان داره في وسط البلدة كما تقدم في المسجد فإذا جلس فيها يأذن للناس في الدخول إليها لأن لكل أحد حق في مجلسه

من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله قال قم فأقصه وأخرج الطبراني مسند إلى ابن عباس قال ينار رسول الله صلى الله عليه وسلم بخطبنا يوم الجمعة إذا أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب إليه فقال يا رسول الله أقم على الحسد فقال اجلس فجلس ثم قام الثانية فقال يا رسول الله أقم على الحسد فقال اجلس فجلس ثم قام الثالثة فقال يا رسول الله أقم على الحسد فقال وما حدثك قال أتيت امرأة أعراما فقال صلى الله عليه وسلم لعلي وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضي الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج فقيل يا رسول الله ألا تجد التي خبث بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبك قال فلائنة قد عاها ثم ألقاها فقال يا رسول الله كذب علي والله اني لا أعرفه فقال صلى الله عليه وسلم من شاهدك فقال يا رسول الله مالي شاهد فأمر به فجلد حد الفرية ثمانين جلدة وأما ان الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى يعني وقع منهم هذا ولا يكاد يشك في أن عمر وعثمان رضي الله عنهما ما وقع لهما ذلك ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئا كثيرا في البخاري لا عن عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسند الامام أبو بكر الرازي إلى الحسن أنه رأى عثمان يفتي في المسجد وذكر القصة في ذلك فما قيل انه غريب مبني على أن المراد رواية هذا اللفظ وليس كذلك وفي الطبقات لابن سعد بنده إلى أربعة من أبي عبد الرحمن انه رأى أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يفتي في المسجد عند القبر وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز وأسند إلى سعيد بن مسلم بن بابك قال رأيت سعيد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يفتي في المسجد وكان قدولى قضاء المدينة وإلى محمد بن عمرو قال لما ولي أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم امرأة المدينة لعمر بن عبد العزيز ولي أبا طولة القضاء بها فكان يفتي في المسجد قال أبو طولة ثقة يروي عن أنس بن مالك وإلى اسمعيل بن أبي خالد قال رأيت شريحا يفتي في المسجد وإلى الأسود بن شيبان قال رأيت الشعبي وهو يومئذ قاضي الكوفة يفتي في المسجد وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهورا وفيهم الصحابة والتابعون ولم يرو انكاره عن أحد وأما الحديث الذي ذكره المصنف انما ثبت المساجد كرامة الله والحكم فلم يعرف وانما أخرجه مسلم حديث الاعرابي الذي قام يقول في المسجد فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم معه فقال صلى الله عليه وسلم لا تزرموه دعوه فتر كوه حتى يال ثم دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وانما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن قال وأمر رجلا من القوم فدعا بدم من ماء فشنه عليه وأما نجاسة المشرك في الاعتقاد على معنى التشبيه (والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها القاضي) أو يرسل نائبه (كلوا كانت الدعوى في دابة ولو جلس في داره فحسن به) شرط (أن يأذن للناس) على العموم ولا يمنع أحد من الناس لأن لكل أحد حق في مجلسه وعلى قياس ما ذكرنا في المساجد الأولى أن يكون في وسط البلد وفي الميسر ولا يفتي وهو عشي أو يسير على دابته لانه إذا كان غير معتدل الحال ولم يفتي من الاستخفاف بالقضاء ولا يفتي مشغول بما هو فيه ولا بأس بأن يشكى لانه نوع جلسة كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة وينبغي أن لا يفتي وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو عطشان أو مهموم أو ناعس أو في حال برد شديد أو حر أو وهو يدافع الاخبثين أو به حاجة إلى الجماع والخاصل انه لا يفتي حال شغل قلبه وأصل حديث لا يفتي القاضي وهو غضبان معلول به ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل يحثين فأكثر إلا أن يكون الناس قليلا ولا يقدم رجلا جادا لا يخرقه ولا يضرب في المسجد حدا ولا

(ويجلس معه من كان يجلس معه لو كان في المسجد) حتى يكون أبعد من التهمة (اذ في الجلوس وحده تهمة) الظلم وأخذ الرشوة قال (ولا يقبل هدية الامن ذي رحم محرم منه الخ) الحاكم لا يقبل الهدية الامن ذي رحم محرم له أو بمن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء أما انه لا يقبل الهدية فلائنه من جواب القضاء اذ لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ما روى البخاري بإسناده الى عروة بن الزبير عن أبي جهم الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الأزد يقال له ابن اللاتية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فها لجلس في بيت أبيه أو بيت أمه (٤٦٧) فيمنظر أهدى له أم لا واستعمل عمر رضي الله عنه أبا هريرة رضي الله عنه فقدم بحال فقال من أين لك هذا فقال نتاجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال أي عدو الله هلا فاعدت في بيتك فتنظر أي هدي اليك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرضا ان يقول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة وأما القبول من ذي رحم محرم ولا خصومة له فانه من جواب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معنى القطعية وهو حرام ولفظ الكتاب أعم من أن يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وأن لا يكون وعبرة النهاية تدل على ان المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالأجنبي وأما القبول بمن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فانه ليس بأكل على القضاء بل هو جري على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان المهدي للقاضي اما أن يكون ذا خصومة أولا والاو لا يجوز قبول هديته مطلقا

ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال (ولا يقبل هدية الامن ذي رحم محرم أو بمن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته) لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وقيل اوراء ذلك بصيرا كلابقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة لانه لا جمل القضاء في تمامه

تعزيرا (و) ينبغي أن (يجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة) الرشوة والظلم وروى أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربع من الصحابة ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم وكان أبو بكر يحضر وعثمان وعليهما حتى قال أجد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشك عليه وفي المبسوط فان دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله عن شيء من أمور المسلمين جلس وحده فان طباع الناس يختلفون فيهم من يمنعه حشمة الفقهاء من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك فاذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله انه ينبغي للقاضي أن يعتذر للقضي عليه وبين له وجه قضائه وبين له انه فهم بحجته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكاية الناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يحل فربما تفسد العامة غرضه وهو يرى عواذاً أمكن إقامة الحق مع عدم ايقار الصدور كان أولى (قوله ولا يقبل الهدية) الحاصل أن المهدي امله خصومة أولا فان كانت لا يقبل منه وان كان له عادة بمهاداته أو ذا رحم محرم وان لم يكن خصومة فان لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة لا ينبغي أن يقبل وان كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزد على المعتاد قبل القضاء فان زاد لا يقبل الزيادة وذكر فخر الاسلام أن يكون مال المهدي قد زاد بقدر ما زاد ماله اذا زاد في الهدية لأبأس بقبولها وهذا يقتضي أن لا يقبل الهدية من القريب الا اذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فأهدى بعد القضاء لا يقبل وعبرة الهدية مع القدوري حيث قال ولا يقبل الهدية الامن ذي رحم محرم أو بمن جرت عادته قبل القضاء بتفديد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل اذ لم تكن خصومة والوجه هو ظاهر النهاية ثم صرح في مسألة الدعوة عن شيخ الاسلام بأنه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل هديته الا اذا كان له عادة نعم يمكن أن يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء ان كان ذلك لفقير ثم أيسر بعد ذلك بعد ولاية قريبه فصار يهدي اليه جاز لان الظاهر ان المانع ما كان الا الفقر وهذا على شبه قول فخر الاسلام في الزيادة اذا كثرت ماله ثم اذا أخذ الهدية في موضع لا يباح أخذها قبل يضعها في بيت المال لانها بسبب عدمه لهم وعامتهم على أنه يرد على أربابهم ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد في بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة فان جاء المالك يوما يعطاها وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط

أي سواء كان قريبا أو مهاديا قبل القضاء أو لم يكن والثاني اما أن يكون قريبا أو بمن جرت له العادة بذلك أولا والثاني كذلك لانه أكل بالقضاء في تمامه والاو لا يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد وقال الامام فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عند ما زاد ما لا يتقدر ما زاد في المال لأبأس بقبوله ثم ان أخذ القاضي ما ليس له أخذ ماذا يصنع به اختلف المشايخ فبعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يرد على أربابهم ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو يعرفهم الا ان الرد يتعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما أهدي اليه له وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكأن الهدايا من حيث المعنى لهم

(ولا يحضر القاضي دعوة إلا أن تكون عامة) قبل وهي ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقبل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنف (٤٦٨) أن الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار

شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وإطلاق لفظ التوري لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله أنه يجب دعوة القريب وإن كانت خاصة كالهدية وقيل في الفرق لهما بين الضافة والهدية حيث يجوز قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوز حضور دعوته إن ما قالوا في الضافة محمول على قرب لم يكن بينهم ما دعوة ولا مهادة قبل القضاء وإنما أحدث بعده وما ذكره في الهدية محمول على ما إذا كان بينهم ما مهادة قبل القضاء صلة للرحم وذكر صدر الإسلام أبو اليسر إذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي أن لا يجيب القاضي دعوته وإن كانت عامة لأنه يؤدي إلى إبداء الخصم الآخر إلى التهمة قال (ويشهد الجنائز ويعود المريض الخ) الحاكم يشهد الجنائز ويعود المريض لأن ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق روى أبو أيوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم ست خصال واجبة

ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه وإن كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال (ويشهد الجنائز ويعود المريض) لأن ذلك من حقوق المسلمين قال عليه الصلاة والسلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعندها هذين

أن يعينه والهدية لا شرط معها انتهى والأصل في ذلك ما في البخاري عن أبي جده الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لي قال عليه الصلاة والسلام هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهم أدى له أم لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري واستعمل عمر رضي الله عنه أبا هريرة فقدم بحال فقال له من أين لك هذا قال تلاحت الهدايا فقال له عمر رضي الله عنه أي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتتظر أيهم أدى لك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سبها الولاية ولهذا لو زاد المهدي على المعتاد وكانت له خصومة كره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة هذا ويجب أن يكون هدية المستقرض للقرض كالهدية للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقراره فأهدى إلى المقرض فلا مقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بل زيادة (قوله) ولا يحضر دعوة إلا إذا كانت عامة (بغني ولا خصومة لصاحب الولية العامة) (ويدخل في هذا الجواب قريبه) فلا يجيب دعوته إلا إذا كانت عامة ولا خصومة له (وعن محمد يجيب قريبه وإن كانت خاصة) هكذا حكى الخلاف الطحاوي وقال الخصاصي يجيب الخاصة اقربيه بخلاف لصله الرحم وعلى تقدير الخلاف طول بالفرق في القريب بين الهدية قال يقبل منه مطلقا ولم يفصل بين جرى العادة وغيره وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كذا ذكر في المتن قال شيخ الإسلام قالوا ما ذكر في الضافة محمول على ما إذا كان المحرم لم يجز بينهما الدعوة والمهادة وصلة القرابة وأحدث بعد القضاء ذلك فإذا كانت الحالة هذه فهو والاجنب سواء وما في الهدية محمول على أنه كان جرى بينهم ما المهادة وصلة القرابة قبل القضاء فإذا أهدى بعد القضاء لأبأس بقوله انتهى فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضافة سوى ذلك إلا مكان الذي قد نما واختلف في الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المصنف (الخاصة) هي (التي لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها) والعامة هي التي يتخذها حضرها القاضي أولا وعندي أن ما حكى عن القاضي أبي علي التستبي وهو أن العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة حسن فإن الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاما عاما ابتداء لعامة الناس بل ليس إلا لهاتين الخصلتين أو لمخصوص من الناس ولأنه أضبط فإن معرفة كون الرجل لم يحضر القاضي لم يصنع أو يصنع غير محقق فإنه أمر مبطن وإن كان عليه لو أنح ليس كضبط هذا ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكره التستبي والله أعلم وعند الشافعي وأحمد يحضر الولائم مطلقا لأنه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذي كان يقضي قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يحضر حضور ولا قبول هدية فقلنا بعددت (قوله) ويشهد الجنائز ويعود المريض المراد مريض لا خصومة له والا لا يعود وإنما وجب ذلك لما روى مسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتشميت العاطس واجابة الدعوة وعبادة المريض واتباع الجنائز وإذا استعصم فأنصحه فهذه هي السادسة ورواه ابن حبان وقال فيه وإذا

(ولا يضيف أحد الخصمين لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك) روى عن علي رضي الله عنه أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضيف الخصم إلا أن يكون خصمه معه (ولأن الضيافة والخلوة تورث التهمة) قال (وإذا حضر أسوي بينهما الخ) إذا حضر الخصمان بين يدي القاضي فإن كان أحدهما من ولده والاخر فقيرا أو كانا أبوابا (٤٦٩) يسوي بينهما في المجلس فيجلسان

بين يديه على الأرض لانه أو أجلسهما في جانب واحد كان أحدهما أقرب إلى القاضي فتقوت التسوية ولو أجلس أحدهما عن يمينه والاخر عن يساره فكذلك

لفضل اليمين وإن خاصم رجل السلطان إلى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الأرض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الأرض ثم يقضي بينهما ما لا يكون مفضلا لأحد الخصمين على الاخر وفيه دليل على أن القاضي يجوز له أن يحكم على من ولده وكذلك يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر قال (ولا يسأرا أحدهما ولا يسيرا اليه) لا يكلم القاضي أحد الخصمين سرا ولا يسيرا اليه لا يده ولا برأسه ولا يحاجبه (ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لان في ذلك كله تهمة) وعليه الاحتراز عنها (ولأن فيه كسر القلب الاخر فيخيمه عن طلب

(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولأن فيه تهمة قال (وإذا حضر أسوي بينهما ما في الجلوس والاقبال) لقوله عليه الصلاة والسلام إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر (ولا يسأرا أحدهما ولا يسيرا اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولأن فيه مكسرة لقلب الاخر فيترك حقه (ولا يضحك في وجه أحدهما) لانه يجترئ على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحد منهم) لانه يذهب بمهابة القضاء

عظم فحمد الله بشيمته وروى البخاري في كتابه المفسر في الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الاقريني قال كنا غزاة في البحر زمن معاوية فأنضم مركبنا إلى مركب أبي أيوب الأنصاري فلما حضر غداؤنا أرسلنا اليه فأتانا وقال دعوتوني وأنا صائم فلم يكن لي بد من أن أجيبكم لأنني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان المسلم على أخيه من خصال واجبة أن ترك شيئا منها فقد ترك حقًا واجبا عليه لا يخيه به سلم عليه إذا لقيه ويجيبه إذا دعاه ويستخفه إذا عطس ويعوده إذا مرض ويحضره إذا مات وينصحه إذا استنصحه ولا يمد من حمل الوجوب فيه على الأعم من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث فان ظاهره وجوب الابتداء بالسلام وكون الوجوب وجوب عين في الحاضرة فالمراد به أمر ثابت عليه أعم من كونه نديا أو وجوبا بالاصطلاح (قوله ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) الاخر لما روى اسحق بن راهويه في مسنده عن الحسن قال جاء رجل فنزل على علي رضي الله عنه فأضافه فلما قال اني أريد أن أخاصم قال له علي رضي الله عنه تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن أنضيف الخصم الاومعه خصمه وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطني (ولأن فيه تهمة) المبل (قوله) وإذا حضر أسوي بينهما في الجلوس والاقبال) لما روى اسحق بن راهويه في مسنده أخبرنا بقية بن الوليد عن اسمعيل بن عباس حدثني أبو بكر التميمي عن عطاء بن يسار عن أم سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الاخر وأخرجه الدارقطني في سننه عن عباد بن كسيرة عن عبيد الله عن عطاء بن يسار عن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهما في لفظه وشارته ومقعده وروى عن عمر رضي الله عنه انه كتب إلى أبي موسى عبد الله بن قيس الأشعري أن أس بين الناس في وجهك وعدلك ومجاسدك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يأس ضعيف من عدلك (ولا يسأرا أحدهما ولا يسيرا اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولأن فيه مكسرة لقلب الاخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما لانه يجترئ بذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحد منهم لانه يذهب بمهابة القضاء) والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه والاخر عن يساره لأن لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به أبي بكر دون عمر وفي أبي داود أن عبد الله بن الزبير خاصمه عمرو بن الزبير إلى سعيد بن العاص وهو على السرير فجلس عمرو بن الزبير على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع لسعيد من شقه الاخر فقال هنا فقال عبد الله الأرض الأرض فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم أو قال سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي وفي التوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الأرض ثم يقضي

حقه فيتركه) وفيه اجترأ من فعل به ذلك على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحد منهم لانه يذهب بمهابة القضاء) وينبغي أن يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن اساءة الادب ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلوا من الجلوة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس

قال (ويكره تلقين الشاهد) ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا وهذا لأنه اعانة لاحد الخصمين فيكره  
كتلقين الخصم واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر له باب المجلس  
فكان تلقينه أحياء للعق بمنزلة الأشخاص والتكفيل

بينهما وبهذه المسئلة يظهر أن القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شريح  
مع علي فانه قام فأجلس عليا رضى الله عنه مجلسه وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يترعان ولا  
يقعيان ولو فعل ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له فيكون  
بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعأصواتهما ويسند القاضي ظهره الى الخراب وهذا  
رسم زماننا فالواو هو أحسن لأنه موافق لفعله صلى الله عليه وسلم أما في زمن الخصاص وغيره فكان  
القاضي يجلس مستقبل القبلة وهو مستحب عند الأئمة الثلاثة ويقف أعوان القاضي بين يديه ليكون  
أهيب وإذا حضر القاضي بالخيار ان شاء ابتدأ فقال مالكوا ان شأركمها حتى يتدثاها بالنطق  
وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء غير ما بينهما فماذا تكلم المدعى أسكت الآخر حتى  
يفهم حجته لأن في تكلمهما معاشيا وقلة حشمة لمجلس القضاء ثم يستنطق الآخر أو لم يسأل المدعى  
ذلك وقيل لا إلا بعد سؤال المدعى بأن يقول سأله لكي يتفكر في الدعوى لتظهر له جهتها والاقال قم فصيح  
دعوائك وإذا جئت الدعوى يقول فإذا تريد أن أصنع فإن قال أريد جوابه سأله والاصح عندنا أنه  
يستنطقه ابتداء للعلم بالتصود وإذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقدمهن معهم واختار  
محمد أن يقدم الدعوى الأولى فالأول ويضع على ذلك أمينا لا يرتشى يعزفه السابق وليكره على باب  
القاضي ولا يكون عنده طمع ولو أشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعمل على الخصوم بل يتهم فان  
بالجولة تنقطع الحجة ويذهل عنها ولهذا لا يخوفهم فيكون مهيبا لاختافه الناس وأنكر الأئمة ما رأوا من  
أخذ بواب القاضي شيئا ليكنه من الدخول وهو يعلم قالوا هذا فساد عظيم ليس لاحد أن يمنع أحدا من  
التقدم الى باب القاضي في حاجته والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة وعلى هذا يقاس حال الذي يسمى  
في زماننا ققيب القاضي قيل وينبغي أن يقوم بين يديه إذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم اليه  
معه سوط يقال له الجلواز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود يقرب من القاضي  
واعلم أن القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفا بل أن يجلس معا على ما ذكرنا فهذه أياضاً من  
المحدثات لمافيها من الحاجة اليه وعن ابن عمر رضى الله عنهما أنه كان إذا سافر استحب رجلا سيئ  
الادب فقيل له في ذلك فقال أما علمت ان الشر بالشر يدفع والمقصود ان الناس محتلفوا بالاحوال والادب  
وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفهاء فيعمل بعقضى الحال مراد به الخير لا حشمة النفس المؤدى الى  
الاعجاب والاحول ولا قوة الا بالآفة ويستحب أن يكون فيه عسبة بلا غضب وان يلزم التواضع من غير  
وهن ولا ضعف ولا يترك شيئا من الحق ويتخذ كاتباً أميناً صالحاً يكتب المحاضر والسجلات عارفاً بها  
كي لا يقع السجل فاسداً بالاخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر وبه عدة  
حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء  
بمخلاف عرف العادة اليوم بمصر (قوله ويكره تلقين الشاهد) وهو أن يقول له القاضي كلاما يستفيد  
به الشاهد علما عليه الأئمة الثلاثة وعن أبي يوسف وهو وجه الشافعي لأبأس به لمن استولته الحيرة  
أو الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعيه بقوله أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه (في غير موضع  
التهمة) أما فيها بأن ادعى المدعى ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف  
فيقول القاضي يحتمل أنه أراه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به في شهادته كما وفق  
القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كافي تلقين أحد الخصمين وفي المبسوط ما قاله عزيمه لأن القاضي

قال (ويكره تلقين الشاهد الخ) تلقين الشاهد وهو أن  
يقول القاضي ما يستفيد  
به الشاهد علما بما يتعلق  
بالشهادة مثل أن يقول  
أتشهد بكذا وكذا مكرره  
لأنه اعانة لاحد الخصمين  
فيكره كتلقين الخصم وهو  
قول أبي يوسف الأول ثم  
رجع واستحسن التلقين  
رخصة في غير موضع التهمة  
لأن القضاء مشرع لأحياء  
حقوق الناس وقد يحصر  
الشاهد عن البيان لمهابة  
مجلس القاضي فكان في  
التلقين أحياء للعق بمنزلة  
الأشخاص والتكفيل وأما  
في موضع التهمة مثل أن  
ادعى المدعى ألفا وخمسمائة  
والمدعى عليه ينكر خمسمائة  
وشهد الشاهدان بألف  
فالقاضي ان قال يحتمل  
أنه أراه من الخمسمائة  
واستفاد الشاهد علما بذلك  
ووفق في شهادته كما وفق  
القاضي فهذا لا يجوز  
بالاتفاق وتأخير قول أبي  
يوسف يشير الى اختيار  
المصنف رحمه الله والأشخاص  
هو ارسال الرجل لا حضار  
الخصم

(قوله تلقين الشاهد الى  
قوله مكرره لأنه اعانة الخ) أقول  
تلقين الشاهد مبتدأ وقوله  
مكرره خبره

فصل في الحبس

منه عن اكتساب ما يجزئ به تهمة الميل وثلاثين الشاهد لا يخلو منه وقول أبي يوسف رخصة فانه لما ابتلى بالقضاء شاهد داخله من عند أداء الشهادة لان مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق اذ لم يعنه على أداء الشهادة ويحصر مضارع حصر من باب علم اذا امتنع عليه وضاق صدره به وتقدمت هذه اللفظة في كتاب الصلاة وأيضاً أمر باكرام الشهود فان الله يحبهم الحقوق وهذا التلقين اعانة واكرام حيث لا ينسب اليه القصور وقوله عزلة الاشخاص هو ارسال شخص ليا في شخصه يقال شخص من بلد الى بلد اذا ذهب من حدمع قيل وتأخير قول أبي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على انه مختار المصنف وهذا بناء على أن قوله استحسنة معناه دليل الاستحسان الاصطلاحى وقد لا يلزم ويكفي كونه أخردليله في ذلك وفي فتاوى قاضيه لا ينبغي للقاضي أن يبيع ويشترى بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبه قالت الأئمة الثلاثة وعن أحمد يتخذ وكيل لا يعرف انه وكيل القاضي فخر زاعن المحاباة بشرط شريح على عمر حنين ولاه ان لا يبيع ولا يشتري ولا أرتشى وقال بعض أشياخ المالكية ينبغي للقاضي أن يرتفع عن طلب العواري من الماعون والدابة وما أشبه ذلك وعن محمد لا بأس أن يبيع ويشترى في غير مجلس القضاء وينبغي للمصوم اذا وصلوا أن لا يسلموا على القاضي فاذا سلموا لا يجب على القاضي رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله وعليكم ويخرج في أحسن نيابه والله الموفق

فصل في الحبس أحكام القضاء كثيرة فذكر منها ما ذكر ومنها الحبس الا انه اختص بأحكام كثيرة فأفردة بفصل على حدته والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالنفي المد كور بقوله تعالى أو ينقوا من الارض وبالسنة على ما سلف أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً في تهمة وذكر الخصاص ان ناساً من أهل الخجاز اقتلوا فقتلوا بينهم قتيلاً فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حبسهم ولم يكن في عهده صلى الله عليه وسلم وأبي بكر سجن انما كان يحبس في المسجد أو الدهليز حتى يشتري عر رضى الله عنه دار بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذ محبسا وقيل بل لم يكن في زمن عمر ولا عثمان أيضاً الى زمن علي رضى الله عنه فبناه وهو أول سجن بني في الاسلام قال في الفائق ان علياً بنى سجنان قصب فسماه نافعا فنقبه اللصوص ونسب الناس منه ثم بنى سجنان من مدر فسماه مخبسا وفي ذلك يقول علي رضى الله عنه ألا ترى كيف ما مكبسا \* بنيت بعد نافع مخبسا \* يا با حصينا وأميناً كيبا

والحبس موضوع التخييس وهو التذليل والكيس حسن الثاني في الامور والمكيس المنع وب الى الكيس وأراد بالاميين السجنان الذي نصبه فيه والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا عيد ولا الجمعة ولا صلاة جماعة ولا الحج فريضة ولا حضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلة بنفسه لانه شرع ليضجر قلبه فيسارع للقضاء وهذا قالوا ينبغي أن يكون موضوعاً خشناً ولا ييسر له فراش ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأنس به وقيل يخرج بكفيل بلحارة والوالدين والاجداد والجدات والاولاد وفي غيرهم لا وعليه الفتوى وفيه نظر لانه ابطال حتى آدمى بلا موجب وموت الاب ونحوه غير مبطل بنفسه نعم اذ لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعلى ذلك وسئل محمد عما اذا مات والده أخرج فقال لا ولو مرض في السجن فأضناه ان كان له خادم لا يخرج حتى يموت وان لم يكن له خادم يخرج لانه قد يموت بسبب عدم المرض ولا يجوز أن يكون الدين مفضياً للتسبب في هلاكه ولو احتاج الى الجماعة تدخل زوجته أو جارية فيطوؤها حيث لا يطلع عليه وقيل يمنع منه لان الجماعة ليس من الخواص الاصلية ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه لالام عليه لانه قد يقضى الى المقصود من الايقاع بموته ثم ورأى هم وينعون من طول المكث والمال غير مقدور في الحبس فيحبس في الدرهم وما دونه لان ظلمه يتحقق بجمع ذلك

وهو مشروع بقوله تعالى أو ينقوا من الارض فان المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً بالتهمة خلا أنه لم يكن في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم سجن وكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث أمكن ولما كان زمن علي رضى الله عنه أحدث السجن بناء من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجنان من مدر فسماه مخبسا ولان القاضي نصب لا يصل الحقوق الى مستحقها فان امتنع المطلوب من أداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من أن يجبره على الاداء ولا خلاف ان لا جبر بالضرب فيكون بالحبس أولى

فصل في الحبس

(قوله وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً الخ) أقول وقد مر ذلك من المصنف في أوائل كتاب الحدود (قوله فسماه مخبسا) أقول خيس تخييساً ذلله فتخييس بالخاء المعجمة قال في القاموس مخيس كعظم انتهى قال في النهاية المخيس بالكسر أى المذل من التخييس وهو التذليل

وروى بفتح الباء وهو موضع التخييس وهو الذي اختاره في المغرب

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه الخ) اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يحلو اما أن يثبت بالاقرار أو بالبينة فان كان الاول لم يعجل بالحبس وأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في أول الامر لان من حجه أن يقول ظنت أنك تعلمني فلم أستعجب المال فان آيبت أو فبك حقل فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مظهره فيحبس وان كان الثاني حبسه كما سبق لظهور المماطلة بانكاره وروى عن شمس الأئمة السرخسي رحمه الله عكس ذلك ووجهه أن الدين اذا ثبت بالبينة كان له أن يعتذر ويقول ماعلت له ديناً على فاذا علمت الآن لأتواني في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدور في حق الحبس يحبس في الدرهم ومادونه لان مانع ذلك ظالم فيجازي به والمحبوس في الدين لا يخرج لمجيء رمضان والفطر والاضحية والجمعة وصلاة مكتوبة وحجة قرينة وحضور رجلازة بعض أهله وموت والده وولده اذا كان غنة من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت نصير بمقامة غيره وفي الخرج تقويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لم يزم القيام بحق الوالدين (٤٧٣) وليس في هذا القدر من الخروج كثير ضرر الطالب وان مرض وله

خادم لا يخرج لانه شرع ايضاً جبر قلبه فيتسارع الى قضاء الدين وبالمريض يزاد الضجر وان لم يكن له خادم أخرجه لانه اذا لم يكن له من يعرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته أو جاريته فيطوئهما حيث لا يطلع عليه أحد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج وقيل الوطء ليس من أصول الحوائج فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه ليسا ورهم في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده قال

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه) لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة فلهذا طمع في الامهال فلم يستعجب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مظهره أما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور الماثل بانكاره قال (فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع أو التزيمه بعقد كالهر والكفالة) لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه واقدمه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلزم الا ما يقدر على أدائه والمراد بالهر محله دون مؤجله

(قوله واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحبه حبس غريمه لم يعجل بحبسه حتى يأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة) بقوله صلى الله عليه وسلم الى الواجد يحل عرضه وعقوبته رواه أبو داود وفسر عبد الله بن المبارك احلال عرضه باغلاظ القول له وعقوبته بالحبس (فلا بد من ظهور المماطلة) ولم تظهر عجزه وثبوت الحق بالاقرار (اذله طمع في الامهال فلم يستعجب المال) وانما يظهر اذا أمره بعد اقراره فامتنع (أما اذا ظهر بالبينة فيحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بانكاره) وفي التوائد الظهيرة وعن شمس الأئمة السرخسي عكس هذا وهو أنه اذا ثبت بالبينة لا يحبس لاول وهلة لانه يعتذر بأن ما كنت أعلم أن علي ديناً له بخلافه بالاقرار لانه كان عالماً بالدين ولم يقضه حتى أحوجه الى شكواه وعلى قول الخصاف لا يحبس حتى يأمره في الاقرار والبينة (قوله فان امتنع) أي بعد أمره بقضائه (حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع أو التزيمه بعقد كالهر والكفالة) لان اذا ثبت المال في يده ثبت غناؤه والمراد بالغنى القدرة على الايفاء والا فالدين قد يكون دون النصاب ويحبس به يعني اذا دخل المال في يده ثبت قدرته على ايفائه وما لم يكن بدل مال لكنه لزمه عن عقد التزيمه كالهر والكفالة لان اقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه ولا يسمع قوله اني

(فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا الخ) فان امتنع الغريم عن أداء ما عليه حبسه اذا طلب فقير

الخصم ذلك كما مر ولا يسأله عن غناه وفقره فان ادعى الاعسار وأنكره المدعى اختلف المشايخ في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالتن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعى وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع أو التزيمه بعقد كالهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه وزواله عن المالك محتمل والثابت لا يترك بالاحتمال وبقوله واقدمه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلزم الا بما يقدر على أدائه وهذا واجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج عنه ما لم يكن ديناً مطلقاً كالنفقة وغيرها كما سئذ كره والمراد بالمهر محله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المجل فكان اقدامه على النكاح دليلاً على قدرته

(قوله فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد الخ) أقول العقد قول يكون له حكم المستقبل فلا عقد في صورة التعاطي فلهذا قابل القدرى ما التزيمه بعقد عازمه بدلا عن مال فتأمل

قال القدوري (ولا يحبس فيما سوى ذلك) يعني ضمان الغصب وأرض الجنائيات (إذا قال اني فقير) لانه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعى عليه (الآن يثبت المدعى أن له مالا يبيته فيحبسه وروى الخصاف عن أصحابنا رجعهم الله أن القول قول المدعى عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدلا عن مال ومالم يكن (لان الاصل هو العسرة) اذا ادعى تولد ولا مال له والمدعى يدعى عارضا والقول قول من تمسك بالاصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المدين مع عيونه (ويروى أن القول قوله الا فيما بدله مال) وهو مروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف رجعهما الله لانه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتتمل فكان القول للمدعى ومالم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل في ملكه شيء ولم يعرف قدرته على القضاء فبقي متمسكا بالاصل وهو العسرة فذلك ثلاثة أقوال وفي المسئلة قولان آخران أحدهما أن كل ما كان مبيلا سبيل البر (٤٧٣) والصله فالقول فيه قول المدعى عليه

كافي نفقة المحارم والآخر ان يحكم الزى ان كان زى الفقراء كان القول له وان كان زى الاغنياء كان القول للمدعى الا في أهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكفون في الزى مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزى فيهم دليلا اليسار وقوله (وفي النفقة) بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في كتاب النكاح ان المرأة اذا ادعت على زوجها أنه موسر وادعت نفقة الموسر بن وادعى الزوج أنه معسر وعليه نفقة المعسر بن فالقول قول الزوج وفي كتاب العتاق أن أحد الشريرين اذا أعتق نصيبه من العبد وزعم أنه معسر كان القول قوله وهاتان مسئلتان محفوطتان تؤيدان القولين الآخرين أمانا أي بهما

قال (ولا يحبس فيما سوى ذلك) إذا قال اني فقير الآن يثبت غرضه ان له مالا فيحبسه (لانه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعى اثبات غناه وروى أن للقول لمن عليه الدين في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة وروى أن القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤيدان القولين الآخرين

فقير لانه كالتناقض لوجود دلالة اليسار (ولا يحبس فيما سوى هذين) النوعين (إذا قال اني فقير الآن يثبت غرضه أن له مالا فيحبسه) حينئذ (لانه وجد دلالة اليسار) أي قدرته على الدين المدعى به هكذا ذكر في الكتاب (ويروى أن القول لمن عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدل مال أولزمه بعد تأد وحكما لفعله لا لعد كالاتلاف وضمان الغصب وهو قول الخصاف (لان الاصل هو العسرة) في حق كل أحد لانه خلق عديم المال ولهذا قال اذا ثبت الحق فلا يحبس حتى يسأله ألك مال أولا فان قال لا استخلفه فان نكل حبسه وان حلف أطلقه الآن يقيم المدعى البينة على قدرته وعندنا يحبس ولا يسأله فان قال أنا فقير حينئذ ينظر (ويروى أن القول له) أي للمدين (الا فيما بدله مال) كالقرض وعن المبيع بخلاف المهر والكفالة فان القول فيه ما قول المدعى ونسب الخصاف هذا القول لأبي حنيفة وأبي يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزى ان كان يرى الفقراء فالقول قوله في الفقر الا أن يثبت المدعى قدرته وان كان يرى الاغنياء فالقول للمدعى الا في الفقهاء والعلوية والعباسية لا يحكم الزى فيهم لانهم يتكفون في لباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا القول لو كان على المطلوب زى الفقراء فادعى المدعى أنه غير زيه وقد كان عليه زى الاغنياء قبل أن يحضر مجلس الحكم فان القاضي يسأل المدعى البينة على ذلك فان أقام البينة انه كان عليه زى الاغنياء جعل القول قول المدعى فان لم يقدر على البيان حكم زيه في الحال فيجعل القول قول المدين وكلما تعارضت بينة اليسار والاعسار قدمت بينة اليسار لان معها زيادة علم اللهم الا أن يدعى المدعى أنه موسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك فانها تقدم لان معها علما بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال ثم ذكر المصنف مسئلتين محفوطتين نصاعن أصحابنا بخلاف أحدهما أن المرأة اذا ادعت أنه موسر لتأخذ نفقة اليسار وقال انه معسر لمعطى نفقة الاعسار أن القول للزوج والثانية أحد الشريرين اذا أعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن لساكت شيئا ولكن يستدعى العبد وقا لا شرير يكن مومرا ليعينه كان القول قول المعتق قال المصنف (والمسئلتان تؤيدان القولين الآخرين) يعني قول القائل القول لمن عليه في جميع ذلك

(٦٠ - فتح القدير خامس) للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول قول الزوج والمولى

(قوله يعني ضمان الغصب) أقول فيه ان ضمان الغصب دين لزمه بدلا عن مال حصل في يديه فوجد فيه دليل اليسار فينبغي أن يكون القول قول المدعى كما صرح به في البدائع وجوابه أن وضع المسئلة فيما اذا ثبت هلاك المصوب أو غصبه منه عند الثاني وما في البدائع فيما اذا باعته لا خرمه لا (قوله والمدعى يدعى عارضا الخ) أقول ولا يخفى أن العارض ثبت بدليته الذي ذكره المصنف أنفا والاصل انقاؤه حتى يظهر خلافه (قوله ولم يعرف قدرته على القضاء) أقول بل علم باقدامه على التزامه باختياره (قوله فلانه جعل القول قول الزوج الخ) أقول لا يخفى أن ما ذكره مغالطة منشؤها اشتراك لفظ اليسار والاعسار بين المعينين فان المراد باليسار في قولهم واقدامه عن التزامه باختياره دليل يساره وهو القدرة على الإبقاء ولا كذلك في النفقة

مع أنهم ما بشرأ عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكر أولاً كان القول قول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار وأما تأييدهما الذي كان القول لمن عليه الا فيما بدله مال فلانه لما يكن بدل المهر وبذل ضمان الاعتاق ما لا جعل القول قول من عليه فعلم أن الصحيح هو القولان الاخيران وقوله (والخبر صحيح على ما قال في الكتاب) يعني القدوري جواب عن المستثنين نصرة للذكر فربما وتقريره انه أي النفقة على تأويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا تسقط بالموت بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح هو ما لا يسقط الا بإبراء من له أو بإفائه من عليه (٤٧٤) وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله وحيد لا يرد نقضاً على ما في الكتاب وهو قوله

حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال أو التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم أنه لا يحصل الخلاص منه في حياته ومماته من جهته الا بالإفاء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا أو ثبت ذلك عليه بالبينه فيما اذا كان القول قول من عليه بحسبه الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل بجيرانه وأهل خبرته عن يساره وأعباره أما الحبس فلنظهور ظلمه بالمطل في الحال وأما توفيقه فلانه لاظهار ماله ان كان يحفيه فلا بد من مدة ليفقد هذه الفائدة فقد رعا ذكره ويرى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو اختيار الطحاوي لان مادونه عاجل والشهر آجل قال شمس الأئمة المالواني وهو أرفق الاقاويل في هذا الباب وروى الحسن عن أبي حنيفة أربعة أشهر الى ستة أشهر

والخبر صحيح على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينه فيما كان القول قول من عليه بحسبه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالجس لظهور ظلمه في الحال وانما يحسبه مدة ليظهر ماله لو كان يحفيه فلا بد من ان تمتد المدة ليفقد هذه الفائدة فقد رعا ذكره ويرى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة الى ستة أشهر

وقول القائل القول لمن عليه الا فيما بدله مال أما تأييدهما الاول فلانه جعل القول قول الزوج والمعنى فلو كان الصحيح المذكر كوراً ولا كان القول للمرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار وأما تأييدهما الثاني فلانه لما يكن بدل المهر وبذل العتق ما لا جعل القول قول من عليه فعلم بهذا أن الصحيح هو القولان الاخيران كذا في النهاية ومنهم من استروح في الاول فقال أما تأييدهما القول من قال القول له في جميع ذلك فظاهر وذكر في الثاني ما ذكر في النهاية ولا يخفى انهما يبطلان لان القول المفصل في الكتاب بين كون الدين ملتزماً بمال أو بعقد فلا يكون القول للطلوب وكونه بخلافهما فالقول للطلوب فان البذل فيه مما لزمه بعقد أو شبهه وهو الفصل الحسن الموضوع ببأعنى العتق ويؤيدان القول الاخير وهو أن القول للديون الا فيما بدله مال فان البذل في المسئلة ليس مالا ويجعل القول للديون تأييد القول بأن ما بدله ليس بمال يكون القول فيه للطلوب وان التزمه بعقد ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين عطائقة كل منهما بوجه أنه يفيد الشمول والافل يلزم من كون القول للطلوب فيما اذا التزمه بعقد والبذل ليس بمال كون القول له في جميع الديون غشاً في النهاية والدرية وغيرهما من قوله بعد توجيه التأييد فكان الصحيح هما القولان ظاهر وكيف يمكن أن يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان فان كون القول للطلوب في الكل اذا كان هو الصحيح لا يكون الفصل بين كون بدل الدين مالا فالقول للدين أو غير مال فالقول للطلوب صحهما فالذي لا شبهة فيه انما يبطلان القول المذكور في الكتاب ليس غير وأجاب المصنف عن الإبطال المذكور بأن دين النفقة وضمنان العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة وهذا معنى قوله (والخبر صحيح على ما قال في الكتاب الخ) فلم يرد ان نقضاً في جميع قول الكتاب المفصل على قوته وثبوته (ثم فيما) اذا (كان القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينه بحسب) المديون (شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالجس لظهور الماطلة ثم انما يحسب مدة ليظهر ماله) فيؤدى ما عليه (فلا بد أن تمتد تلك المدة ليفقد هذه الفائدة فقد رعا ذكره) وهو شهران أو ثلاثة وهو رواية محمد عن أبي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة (ويرى غير ذلك من التقدير بشهر) وهو اختيار الطحاوي لان ما زاد على الشهر في حكم الاجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار أدنى الاجل شهر أو الاقصى لا غاية له فيقدر بشهر وروى (أو أربعة أشهر الى ستة أشهر) وهو رواية الحسن

صورة الاعتاق وقوف على ثبوت يسار المعنى فلا يدل الاعتاق مجرد ادعى الالتزام فلا نقض (قوله بدل المهر) أقول الظاهر عن أن يقول بدل النفقة (قوله فعلم أن الصحيح هو القولان الاخيران) أقول كيف يجتمعان على الصحة وهما متباينان الآن يقال المراد أن الصحيح لا يعدو هما لان كلامهما صحيح (قوله أي النفقة على تأويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة) أقول الاتفاق لا يكون ديناً فلا وجه لهذا التأويل والاصوب أن يقال على تأويل الدين وان يرجع الضمير الى كل من النفقة وضمنان الاعتاق (قوله وقد تقدم أن الدين الصحيح الخ) أقول في الكفالة (قوله ويرى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر) أقول قوله بشهر متعلق بقدر

والصحيح ان شيئا من ذلك ليس بمتقدير لازم بل هو مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيسه في الناس من يضجر في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير بمرور تلك المدة التي ضجر الآخر فان وقع في رأيه ان هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال ان كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك فان سأل عنه فقامت بيعة على عسرته أخرجه القاضى من الحبس ولا يحتاج في البيعة الى اقفلة الشهادة والعهد بل اذا أخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان أحوط اذا لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البيعة فان شهد شاهدان أنه معسر خلى سبيله وليس هذا شهادة على النفي لان الاعسار بعد الدار أمر حادث فتكون الشهادة بأمر حادث لا بالنفي وان استخلف المطلوب الطالب على أنه لا يعرف أنه معسر حلفه القاضى فان نكل أطلقه وان حلف أبا الحبس وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضى عن حال المدين بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالا عسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فللقاضى أن يعمل برأيه ولكن لو سأل كان أحوط فيقبل محمد بن جرحه الله قبل البيعة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك وتعذر التضام لان الشهود لم يشهدوا بمروره ولم يقبل فيما اذا أنكر المشتري جوار الشفيع وأنكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتركة فأقام الشفيع بيعة ان له نصيبا في هذه الدار ولم يبين مقدار نصيبه فان القاضى لا يقضى بهذه البيعة فما الفرق بينهما وأوجب بأن الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما تكون ملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك ان يكون قدر الدين معلوما في نفسه اما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شيء معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما ما قال (فان لم يظهر له مال خلى سبيله الخ) فان لم (٤٧٥) يظهر له حبوس مال بعد مضي المدة التي

راها القاضى برأيه أو بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشمس وأوشهرين أو أربعة أشهر على ما تقدم خلى سبيله لانه استحق النظره الى الميسرة لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعده ظما وفي بعض الشروح جعل قوله يعني بعدم مضي المدة متعلقا بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه أنه لا يخلطه مالم

والصحيح ان التقدير مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه فان (فان لم يظهر له مال خلى سبيله) يعني بعدم مضي المدة لانه استحق النظره الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البيعة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ رجعهم الله قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسند كره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

عن أبي حنيفة أي ما بين أربعة أشهر الى ستة أشهر رواية الحسن عن أبي حنيفة (قوله والصحيح الخ) ذكره شام عن محمد بن جرحه الله وكذا الصدوق في الميسرة فالتقدير في هذا غير معتبر بل هو مفوض الى رأى القاضى اذا التصوب بالحبس أن يضجر قلبه فيقبضه ان كان له مال وهذا يختلف باختلاف الناس ان غاب على ظن القاضى بعدم دمه انه لو كان له مال فرج عن نفسه فيسأل عنه جيرانه وأهل الخبرة فان شهد شاهدان عنده انه قادر على قضاء الدين أبد حبسه وان قالوا انه ضيق الحال أطلقه ولو رأى أن يسأل قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك وأما السؤال قبل الحبس وقبول بيعة الاعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد بن جرحه الله تقبل قبل الحبس وبه أفتى محمد بن الفضل واسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة ونصير بن يحيى

غض المدة وليس كذلك فان أحصاها ذكره في نسخ أدب القاضى وقالوا اذا ثبت اعساره أخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك (ولو قامت البيعة على افلاسه قبل مضي المدة) بأن أخبر واحد ثقة أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان أنه مفلس مع عدم لان علمه لا ملا سوى كونه التي عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره سر او علانية فقيه روايتان (تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعليها عامة المشايخ) وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد بن جرحه الله روايتان في رواية لا يحبس به وبه كان يقضى الشيخ الجليل أبو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة رجعهم الله وفي أخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر أنه يحبس ولا يلتفت الى هذه البيعة لانها على النفي فلا تقبل الا اذا تأيدت بمؤيد وقيل الحبس ما تأيدت فاذا حبس ومضت مدة فقد تأيدت به اذا الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها (قال في الكتاب) أي القدرory (خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام) يعني المنع عن ملازمة المدينون بعد اخراجه من الحبس (في الملازمة) هل للطالب ذلك أولا (وسند كره في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى)

(قوله وفي بعض الشروح جعل قوله الى قوله وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك) أقول المراد من البعض هو الاتقاني وسيظهر جواب آخر آنفا بأن ما في الكتاب على رواية الاصل فاندفع الاشكال على أن ثبوت الاعسار يكون بالنية وعدم الظهور لا يلزم أن يكون بها فالمراد خلى سبيله بمجرد عدم ظهور المال على ما يفهم من الشرطية فافهم (قوله فان أحصاها ذكره في نسخ أدب القاضى) أقول ممنوع فانه يفهم مما ذكره أيضا انه اذا لم يظهر له قبل مضي المدة لا يخلطه قال المصنف (ولا تقبل في رواية) أقول وهذا اذا كان أمره مشكلا وافلاسه غير ظاهر بين الناس والا فلا يحبس (قوله وهذا الكلام يعني المنع عن ملازمة المدينون) أقول لعل العيوب يعني عدم المنع كما لا يخفى

(وذكر في الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فأنه يحبس ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبدي حبه وان كان معسرا أخلى سبيله) وهذا بظاهره يناقض ما ذكر في أول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبس أول وهله فيحتاج الى تأويل فلهذا ذكر المصنف تأويله بقوله (ومراده) أي مراد محمد (٤٧٦) (اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة قبل ذلك فظهرت مما طلته) وهذه الرواية تصلح

وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فأنه يحبس ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبدي حبه وان كان معسرا أخلى سبيله ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مما طلته والحبس أولا ومدته قديناه فلا نعبده قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع (ولا يحبس والد في دين ولده) لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحودود والقصاص (الا اذا امتنع من الانفاق عليه) لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك اسقوطها بمضي الزمان والله أعلم

وهو قول الشافعي وأحمد والاكثر على انها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك قيل وهو الاصح فان بينة الاعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تتأيد بمؤيد وبعد مضي المدة أيدت اذ الظاهر انه لو كان له مال لم يتمل ضيق السجن ومرارته واعلم ان سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط والافق عدم مضي المدة التي يغلب على ظن القاضي انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم يقم المدعي بينة يساره من غير حاجة الى سؤال واليه بشير قوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله ولو طالب المدعي بينة يساره من غير ما به لم انه معسر حلف فان نكل أطلقه ولو قبل الحبس وان حلف أبدي حبه ولا شك ان معناه ما لم تقم بينة على حدوث عسره قال أبو القاسم في كيفية تهاده الاعسار أن يقول أشهد انه مفلس لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره سرا وعلاية بخلاف ما اذا مضت المدة فقال فانه يكفي الواحد العدل في اخباره بالعسرة والاثنان أحوط ولا يشترط فيها اللفظة الشهادة ذكره في باب الحبس من كفالة شيخ الاسلام (قوله وفي الجامع الصغير رجل أقر بدين عند القاضي فأنه يحبس ثم يسأل عن حاله) انما ذكره لما في ظاهره من المخالفة لما قدمه من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يحبس في أول الوهلة فان هذا ظاهره في وصل الحبس باقراره فذكره ليؤيده بقوله (ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مما طلته فترافعا) الى القاضي فأنه يحبس بمجرد جوابه انه لم يعطه الى الا تشيا (قوله ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع) ويتحقق ذلك بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالدنانق اذا رأى القاضي ذلك فأما مجرد فرضه لو طلبت حبه لم يحبس لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي انه اذا لم يفرض لها ولم يتفق الزوج عليها في يوم ينبغي اذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالانفاق فان رجع فلم يتفق أو جعه عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعه الى القاضي بأمره بالقسم وعدم الجور فان ذهب ولم يقسم فرفعه أو جعه عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل بذلك ضرر كبير (قوله ولا يحبس والدي في دين ولده فأنه عقوبة) ولا يستحق الوالد عقوبة لاجل الولد لان التأفيف لما حرم كان الحبس حراما لانه فوقه وكذا لا يحمله اذا قذفه ولا يقتص منه اذا قتله أما اذا امتنع من الانفاق عليه فأنه يحبس وكذا كل من وجبت عليه النفقة فأبى عن الانفاق) أبا كان أو أم أو جدا لان في ترك الانفاق سعي في هلاكهم ويجوز أن يحبس الوالد اقصد الى اهلاك الولد (ولانه لا يتدارك اسقوطها) أي اسقوط النفقة (بمضي الزمان) بخلاف الدين فأنه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لان المولى لا يستوجب عليه دين ولا المولى لعبد المأذون غير المديون لان كسبه لمولاه فكيف يحبس له فان كان

أن تكون معمد شمس الأئمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في أول الفصل أو يحتمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التأويل (قوله والحبس أولا) يعني ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس أولا ومدته على ما بينا ليس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج الى ذكره لها فلا نعبده قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته الخ) اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته أو اصطالحا على مقدار ولم يتفق عليها ورفعت الى الحاكم حبه لظهور ظلمه بالامتناع (ولا يحبس والدي في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحودود والقصاص) قال الله تعالى ولا تنقل لهما أف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده وفي تركه سعي في هلاكه ويجوز أن يحبس الوالد اقصد الى اهلاك مال الولد (ولان النفقة تسقط بمضي الزمان فلا يمكن تداركها) وسائر الديون لم تسقط به فاقترعوا وكذا لا يحبس المولى

لعبد اذا لم يكن عليه دين فان كان حرس لان ذلك لحق الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دين وكذا الدين عليه مكانه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في حق كسبه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لم يكن منه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالم للمالك في غير ذلك لا يمكن من الضيق بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل تجب التسوية بينهم لانه متمكن من تمييز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة والله أعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاء أيضا الا ان السجين يتم بقاض واحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين والقياس بأبي جواز العمل به لانه لا يكون أقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه (٧٧ ع) وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به

القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذا الخط يشبه الخط وانما الخاتم الا انه يجوز الحاجة الناس لما روى ان علما رضى الله عنه جوزه كذلك وعليه أجمع الفقهاء قال (و يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق الخ) يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق تثبت بالشهادات دون ما يدرى بها اذا شهد به بضم الشين عند المكتوب اليه الحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود ما ان يشهدوا على خصم أو لا وتذكيره يشير الى أنه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياهما احتج الى الكتاب والكتاب لا يدمنه لثالبقع القضاء على الغائب فالمراد به كل ما يمكن أن يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل لا يكون الا عند الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم به المكتوب اليه وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ ووافق رأيه أو خالفه لا تصل الحكم به وأما الثاني فان وافقه نفذ

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال (و يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده) للحاجة على ما تبين (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجة (وكتب بحكمه) وهو المدعو سجلا (وان شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم) لان القضاء على الغائب لا يجوز (وكتب بالشهادة) ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي

عليه دين حبس لانه الغرماء في التحقيق ويحبس مولى المكاتب لا كاتب اذ لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لان في الحبس له حق أخذه فاذا أخذ بملتيان قصاصا في غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في كسابه كالحرف له حق المطالبة فيحبس امله أما المكاتب فلا يحبس دين الكتابة لمولاه لانه بالامتناع لا يصير ظالموا لو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشايخنا همساواة لانه يتمكن من اسقاطه بتجيز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يسقط بغيره دينه وفي ظاهر الرواية أن بدل الكتابة صالحة من وجه بخلاف سائر الديون

باب كتاب القاضي الى القاضي

هذا أيضا من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود الا بقاضين فهو كالركب بالنسبة الى الحبس والعمل بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضي لو أخبر قاضي البلد الاخرى بأنه ثبت عنده بيينة قبلها حق فلان على فلان الكائن في بلد القاضي الآخر لم يجوز العمل به لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولا يثبت فمكابه أولى أن لا يعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على أن يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان كانا في بلدين يجوز اعانة على احوال الحقوق لمستحقها وما وجه القياس به لمافيه من شبهة التزوير فان الخط والختم يشبه الخط والختم فليس بذلك لان هذه الشهادة منتفية باشرط شهادة الشهود وعلى نسبة ما فيه الى القاضي المرسل وأنه ختمه وقيل أصله ما روى الضحاك بن سفيان أنه عليه الصلاة والسلام كتب أن ورث امرأته أشيم الضبابي من دينه زوجها رواه أبو داود والترمذي وأجمع الفقهاء عليه لا ينال لانه لم مساس الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهد ين على الكتاب يجوز أن يشهدا على شهادة الأصول ويؤدون عند القاضي الثاني فلم يحتج اليه لانا نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي الثاني الى تعديل الاصول وقد ثبت ذلك في بلده وبالكتاب يستغنى عن ذلك لانه يكتب بعد الله الذين شهدوا عنده (قوله) يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق أي التي تثبت مع الشهادتين بخلاف الحدود والقصاص (اذا شهد به) أي بالكتاب (عند القاضي) المكتوب اليه على ما تبين من أن الشهود فيه ما هو عن قريب ثم فصل فقال (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) يريد بالخصم الحاضر من كان وكلام من جهة المدعى عليه أو مستخرا وهو من ينصبه القاضي وكلام عن الغائب ليسم الدعوى عليه والاولا أراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الى الكتاب الى القاضي الاخر لان الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه (و) اذا حكم (كتب بحكمه) الى قاضي البلد التي فيها الموكل ليقضى منه الحق (و) هذا الكتاب المتضمن للحكم (هو المدعو سجلا) في عرفهم (واذا شهدوا بالخصم حاضر لم يحكم) لانه حينئذ قضاء على غائب (و) انما (يكتب بالشهادة الى القاضي الاخر ليحكم) هو (بها وهذا هو الكتاب الحكمي) في عرفهم نسجه الى الحكم باعتبار

باب كتاب القاضي الى القاضي

(قوله ليحكم به المكتوب اليه) أقول وما يفعله القضاة من ارسال المدعى عليه مع المدعى الى القاضي الكتاب اذا طلب ذلك منهم فلهل مستندهم فيه ما سيجي في هذا الكتاب والنهاية وغيره في شرح قوله ولا يقضى القاضي على غائب

والا فلا اعدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة وتختص بشرائط منها العلم الخمسة وهي أن تكون من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسند كرماعداها ان شاء الله (قوله وجوازه) هو الموعود بقوله على ما يميز وهو يشير الى أن جوازه ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المبادئ وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما يجوز الشهادة على الشهادة لاهياء حقوق العباد فكذلك يجوز الكتاب لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه يخالف القياس في راديه الاتحاد في مناهل الاستحسان وقوله (يعني القدوري) في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجهودة (والمضاربة المجهودة لان كل ذلك بمنزلة الدين) والدين يجوز فيه الكتاب فكذلك فيما كان في منزلته (قوله وهو يعرف) أي الدين (يعرف بالوصف) يشير الى ثلاثة أشياء الى ان الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج فيه الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انما تعرف بالوصف لا تحتاج الى الاشارة واعتراض بأن ما سوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى (٤٧٨) النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة النكاح والحيوان وكتاب

وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لما سألنا الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده ونخصه فأشبهه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجهودة والمضاربة المجهودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون الامانة غلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيها بشرائط تعرف في موضعها

ما يؤول (وهو في الحقيقة نقل الشهادة) الى ذلك القاضي وسند كشرائط الحكم من القاضي الثاني به والفرق بين الكتابين أن السجل يلزم العمل به وان كان المكتوب اليه لا يري ذلك الحكم لصدور الحكم في محل مجتمه دفيه والكتاب الحكمي لا يلزم اذا كان يخالفه لانه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله أن لا يقبله ولا يعمل به (ويندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجهودة والمضاربة المجهودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف غير محتج الى الاشارة) واستشكل بأن في دعوى النكاح لا بد من الاشارة الى الرجل والمرأة وكذا في الامانة والمغصوب فكانت هذه بمنزلة الاعيان المدعى بها وأجيب بأن المدعي به نفس النكاح والغصب ونحوه وذلك لا يحتاج الى الاشارة لانها من الافعال وان كان يلزم في ضمنه الاشارة الى الرجل والمرأة اذ كل خصم والاشارة الى الخصم شرط ولا يخفى ما فيه لان الاشارة الى الزمت به أي طريق كان ضمنا أو قصدا تتعدى على شهود القاضي الكتاب فالحق أن الاشارة لا تلزم من الاصول الى الخصم الغائب بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة فاذا واصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سئذ كرنا شاء الله تعالى فيكتب فيها كما يكتب في الدين والعبد (ويقبل في العقار أيضا) اذا بين حدودها الاربع (لان التعريف يحصل به ولا يقبل في الاعيان المنقولة) كالحمار والنوب والعبد (للحاجة الى الاشارة) فيها (وعن أبي يوسف انه يقبل في العبد دون الامانة لقلبه الاباق في العبد) لانه يشهد خارج البيت فاباؤه

القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرنا وهو ليس مدعى به انما هو ونفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال ألا ترى ان الاشارة الى الدائن والمدين لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمانع بالاجماع (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتحديد) وذلك لا يحتاج الى الاشارة (ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها) عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله ولهذا لم يجوزاه في العبد والجواري واستحسن أبو يوسف في العبد دون الامانة لغلبة الاباق في

العبد دون الامانة) فان العبد يشهد خارج البيت غالباً فيقدر على الاباق فنفس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامانة فانها متيسر تخدم داخل البيت غالباً (وعنه) أي عن أبي يوسف (انه يقبل فيها بشرائط تعرف في موضعها) يعني الكتب المبسوطة كالمسوط وشروح أدب القاضي وصحة ذلك بخاري أبق عبده الى سمرقند مثلاً فآخذ سمرقندي وشهود المولى بخاري فطلب من قاضي بخاري أن يكتب بشهادة شهوده عند يجب ان ذلك ويكتب شهد عدى فلان وفلان بأن العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلم ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهت الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده يشهد اعنده عليه بالكتاب وبما فيه فتقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعي ولا يقضى له به لان شهادة شاهدي الملك لم تكن بحضرة العبد وبأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتماً من رصاص (قوله والا فلا) أقول بان كان مما اختلف فيه الفقهاء (قوله وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط) أقول فان قبل اذا كان شرطاً ينبغي أن لا يجوز بدونه فلنا جواز الاستحسان على خلاف القياس

وعن محمد رجه الله انه يقبل فى جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون

متيسر فلما ساس الحاجة فيه جوزته بخلاف الامة لانها داخل البيت فلا يتيسر لها تيسره (وعن محمد انه يقبل فى جميع ما ينقل) من الدواب والخيول والاماء (وعليه المتأخرون) ونص الاستيعابى على أن الفتوى عليه وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى قول فان المانع منه ما كان الا الحاجة الى الاشارة فى الاعيان وهى غائبة فى بلد المكتوب اليه ولا شك ان فى الدين أيضا لا بد من الاشارة الى المديون ليقضى عليه ومع ذلك اكتبى باسمه وشهرته فى الاثبات عليه وقبول القاضى الكتاب الشهادة عليه وما ذاك الا لان عند القضاء من الثانى يتحقق معنى الاشارة والتعيين ويتبين ذلك بايراد الصور فصوره الدين اذا شهدوا على فلان بن فلان الفلانى أن يكتب كذا كره الحسن فى المجرى من فلان قاضى كورة كذا الى فلان قاضى كورة كذا سلام عليكم فالى أحمد اليك الله الذى لا اله الا هو أما بعد فان رجلا أتانى فقال له فلان بن فلان وذكر ان له حقا على رجل فى كورة كذا ولم يذكر فى المجرى فقال له فلان بن فلان الفلانى على فلان بن فلان الفلانى ولا بد منه كما سئلتك وسألتنى ان اسمع بينته وأكتب اليك بما يستقر عندى من ذلك فسألته البينة فأتانى بعدة منهم فلان وفلان وفلان ويحلمهم وينسبهم فشهدوا عندي ان فلان بن فلان الفلانى على فلان بن فلان الفلانى كذا وكذا دره حاديا حلالا وسألتنى ان أحلته بالله ما قبض منها شيئا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشئ منها وحلفته خلف بالله الذى لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذى قامت به البينة عندي ولا قبضه له وكيل ولا أحاله ولا قبضه له قابض وأنه عليه فسألتنى أن أكتب له كتابا اليك بما استقر عندى من ذلك فمكتبت اليك هذا الكتاب وأشهدت عليه شهودا أنه كذا وكذا وقرأته على الشهود قال ثم طوى الكتاب ويختم عليه فان ختم عليه شهوده فهو أوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضى كورة كذا الى فلان قاضى كورة كذا ثم يرفعه الى المدعى فاذا أتى به المدعى الى القاضى الذى بالكورة فذكر أن هذا كتاب القاضى اليه سأله البينة على كتاب القاضى ولا ينبغي أن يسمع بينة المدعى حتى يحضر الخصم فاذا حضره وأقر أنه فلان ابن فلان الفلانى قبل بينته وسمع منه فان أنكر قال له جئنى بالبينة ان هذا فلان بن فلان الفلانى فان جاءهم أو عدلوا سمع بينة المدعى حينئذ على ان هذا كتاب القاضى الذى ذكر فيقول لهم أقرأ عليكم ما فيه فاذا قالوا قرأه عاينا وأشهدنا ان هذا كتابه وختمه فاذا سمع منهم لا يفك الخاتم حتى يسأل عنهم فاذا عدلوا لا يفكهم أيضا حتى يحضر الخصم فاذا حضر فكه وقرأ عليهم وعليه فان أقر الزمهم اياه وان أنكر قال ألك حجة والاقضيت عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبلها وان قال استأنا فلان بن فلان الذى شهدوا عليه بهذا المال لزيد بل هو آخر قال له هات بينة ان فى هذه الصناعة أو القبيلة رجلا يتسبب بمثل ما تنسب اليه والا ألزمتك ما شهد به الشهود فان جاءه بينة على أن فى تلك القبيلة أو الصناعة من يتسبب بمثل ما تنسب اليه أ بطل الكتاب وان لم يكن فى تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه قضى عليه انتهى فقد علمت ان التعيين الذى هو المقصود بالاشارة يحصل بآخرة الامر قبل القضاء عليه وفى هذه الصورة مواضع وان كانت ظاهرة تنبئ عليها منها قوله فى شهود الكتاب منهم فلان وفلان ويحلمهم وينسبهم لم يذكر كتب عدالتهم ولا بد منها وقالوا لو كتب وأقام شهودا عدلوا عرفتهم بالعدالة أو سألت عنهم فعدلوا كفى عن تسميتهم ونسبهم وعندي لا بد أن يقول أحرار عدلوا اذا لم يسمهم والذى يظهر من كلام محمد وعنه انه لا بد من تسميتهم ونسبة كل منهم ومصلحه وحرقته ان تاجر افتاحا ومزارعا فزارع والمقصود تميم تعريف الشهود ثم يذكر ان عرفهم بالعدالة أو عدلوا

فاذا وصل الى قاضى بخارى وشهد بالكتاب وختمه أخر المدعى باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد أنه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضى بما ثبت عنده لم يبرأ كفيه وفى رواية عن أبي يوسف ان قاضى بخارى لا يقضى للمدعى بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضى سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضى له بمحضرة المدعى عاينه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة الكتاب فى الجوارى صفته فى العبيد غير أن القاضى لا يدفع الجارية الى المدعى ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لشلايطاها قبل القضاء بالملك زاعما أنها ملكه ولكن أبو حنيفة ومحمد رجهما الله فالأهذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا ويستعمله فيما كل من غلته قبل القضاء بالملك ورعا يظهر العبد لغيره لان الحلية والصفة تشبهان فان المختلفين قد يتفقان فى الحلى والصفات

فالاخذ بالقياس أولى (وعن محمد رجه الله انه يقبل فى جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون) وهو مذهب مالك وأحمد والشافعى فى قول

لان الخصم اذا حضره الثاني قد يكون له مطعم فيهم أو في أحدهم فلا بد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن ان كان والافيقول سموهم لي فاني قد يكون لي فيهم مطعم ومنها قوله الى فلان قاضي كورة كذا انما يصح اذا كان القاضي واحدا فان كان لها قاضيان لا يصح ومنها قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان يتم التعريف في قوله ما وعنده لا بد من ذكر الحد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه الى قبيلته أو فخذة فقال فلان التميمي أو الكوفي وما أشبه ذلك لا يكون تعريفا بالاتفاق وان كان مشهورا لا يحتاج الى هذا وقيل ولا بد أن يذكر ادعى المدعي انه غائب من هذا البلد مسيرة سفر لان بين العلماء اختلافا في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي جماعة من مشايخنا قالوا لا يجوز فيما دون مسافة القصر وبه قال الشافعي وأحمد في وجه وحكي الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه انه يجوز فيما دون مسافة القصر وقال بعض المتأخرين هذا قول أبي يوسف ومحمد وبه قال مالك والذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز كالشهادة على الشهادة ومنها ختم الشهود ليس بالزام بل هو أوثق كما قال ومنها قوله وعدلوا ظاهره في انه لا يفك الختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سيذكر وان كانت دارا قال وادعى ان له دارا في بلد كذا في محلة كذا وذكروا حدوها في يدرجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكروا ثلاثة حدود كفي استحسننا خلافا لغيره ولو غلطوا في بعض الحدود بطل الكتاب وصورة كتاب العبد لا تبقى من مصر بعد العنوان والسلام أن يكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا واقامته كذا ووسنه كذا وقيمته كذا مملوك فلان المدعي وقد أتى الى الاسكندرية وهو اليوم في يد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين الى الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيذكر فاذا وصل ومصل ففعل القاضي ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد الى المدعي من غير أن يقضى له به لان الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعي لم يشهدوا بحضرة العبد وياخذ كفيلا بنفس العبد من المدعي ويجعل خاتما من القاضي في كتف العبد ولا حاجة الى هذا الادفع من يتعرض له ويتممه بسرقة فاذا لم يكن لاحاجة ويكتب كتابا الى قاضي مصر ويشهدان على كتابه على ما عرف فاذا وصل الكتاب اليه ففعل ما يفعل المكتوب اليه ثم يأمر المدعي أن يحضر شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد أنه ملكه فاذا شهدوا قضى له به وكتب الى قاضي الاسكندرية بما ثبت عنده ليرى كفيله وفي بعض الروايات ان قاضي مصر لا يقضى بالعبد للمدعي لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضي الاسكندرية ويذكر فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه اليه ليقتضى به بحضرة المدعي عليه فيفعل ذلك ويرى الكفيل وصورته في الجوارى كما في العبد الا ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي بل يعتمها على يد أمين لاحتمال انه اذا أرسلها مع المدعي يطؤها لاعتقاده انها ملكه قال في المبسوط ولكن أبو حنيفة ومحمد قالاهذا فيه بعض القبح فانه اذا دفع العبد يستخدمه فهاو يستغله فيا كل من غلبه قبل أن يثبت ملكه فيه بالقضاء وما ينظر العبد لغيره ولا يخفى ان ضم محمد مع أبي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه وكلامنا على الرواية عن محمد المختارة للفتوى الموافقة للوجه والأئمة الثلاثة واذا عرفت هذا فالزوجة المدعي باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب اليه لا بد أن تجعل من قبيل الامة فيجوز فيها ما يجوز فيها لانه يبعد أن تجرى مجرى الديون لانها اذا قالت استأنافلانة المشهود على انها زوجة المدعي المذكور ولم تقدر على بينة ان في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها أن تدفع الى المدعي يطؤها

قال (ولا يقبل الكتاب الا شهادة رجلين الخ) لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بجمعة تامة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أما اشتراط الجمعة فلانه ملزم ولا الزام بدونها وأما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطلع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق وكان الشعبي يقول يجوز كتاب القاضي الى القاضي بغير بيعة قياسية على كتاب أهل الحرب وأجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستئمان يعني اذا جاء من ملك أهل الحرب (٤٨١) في طلب الأمان فانه مقبول بغير بيعة حتى لو

أمنه الامام صح لانه ليس يلزم فان الامام رأيا في الامان وثركه وبخلاف رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بيعة لان الزام على الحاكم ليس بالتركية بل هو بالشهادة ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة بالتركية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل قد يشير الى أن رسول القاضي الى القاضي غير معتبر أصلا في حق لزوم القضاء عليه بيعة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعتق بكتابه ينعتق برسوله أو اتحادهما في عدمه لان القياس يأبي جوازهما وفرق بينهما بوجهين أحدهما ورود الأثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقى على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب واحد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة وأما الرسول فقائم مقام المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض

قال (ولا يقبل الكتاب الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بجمعة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الجمعة بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لانه ليس يلزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الزام بالشهادة لا بالتركية

(قوله ولا يقبل الكتاب) أي لا يقبل المكتوب اليه الكتاب (الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين) على أنه كتاب القاضي فلان الكتاب وانتهى وان فيه كذا وكذا ولا بد من اسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب قاضي المسلمين ولو كان الكتاب لذي على ذم لانهم يشهدون على فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان له اوجة والضرورة اذ قلنا يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصا الانسكة والوصايا وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي ونحوه ولم يشترط الشعبي الشهادة عليه وكذا الحسن أسندا لخصاف الى عمر بن أبي زائدة أو غيره قال حدث بكاتب من قاضي الكوفة الى اباس بن معاوية فبحث وقد عزل واستقضى الحسن فدفعته كافي اليه فقبله ولم يسألني البيعة عليه فقبحه ثم نشره فوجدني فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسة مائة فقال لرجل يقوم على رأسه اذهب به هذا الكتاب الى زياد فقبل له أرسل الى فلان فخذ منه خمسمائة درهم فادفعها الى هذا وبه قال أبو ثور والاصطخري من الشافعية وأبو يوسف في رواية فالشرط عندهم ان يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب ونحوه قياسا على كتاب الاستئمان وعلى رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي قلنا الفرق ان هذا نقل ملزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولا بد للزم من الجمعة وهي البيعة بخلاف كتاب أهل الحرب فانه ليس ملزما لالامام أن يعطيهم ما طلبوه وان لا وأما الرسول فلان الترقية ليست مكرمة وانما الملزم هو البيعة وأما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلا أن غاية رسوله أن يكون كف نفسه وقد مر أنه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبله وكان القياس في كتابه كذلك لأنه أجبر باجماع التابعين على خلاف القياس فاقصر عليه فان قلت فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب الا الى قاض آخر غيره فالجواب يجوز أن يكون قال الى اباس القاضي بالبصرة والى كل قاض يراه من قضاء المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع اليه أن يعمل به بخلاف ما لو كتب من الاول الى من يبلغه كتابي هذا من قضاء المسلمين فانه لا يجوز العمل به لاحد من القضاء وأجازة أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم **فرع** يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه ثبت مع الشبهات ولو كتب القاضي الى الأمير الذي ولاه أصل الله الأمير ثم قص القصة وهو معه في المضر فجاابه ثقة يعرفه الأمير في الفتاوى لا يقبل لان إيجاب العمل بالبيعة ولا أنه لم يذ كراسمه واسم أبيه وفي الاستئمان يجوز للامير أن يعضيه لانه متعارف ولا يليق بالقاضي أن يأتي في كل حادثة الى الأمير ليخبره ولانه لو أرسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارة في جواز العمل به فكذا اذا أرسل كتابه ولم يجر الرسم في مثله من مصر الى مصر فشرطنا هناك شرط كتاب

(٦١ - فتح القدير خامس)

وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا

قال المصنف (ولا يقبل الكتاب) أقول أي لا يعمل به لانه لا يأخذه لخالق ماسيحي من قوله فاذا سلمه (قوله ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة الخ) أقول في هذا التفسير بحث فان صحة القضاء أمر والالزام أمر آخر لتحقق الاول بدون الثاني وجوابه ان صحة الحكم قبل الترقية اذا كانت بالشهادة والالزام بعدهما فيكون بها أيضا (قوله قيل قد يشير الخ) أقول في وجه الإشارة خفاء لا يخفى (قوله في حق لزوم القضاء عليه بيعة) أقول على كونه رسول القاضي

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه الخ) شرط أبو حنيفة ومحمد رحمه الله علم ما في الكتاب وحفظه وانحتم بحضرة الشهود ولهذا يجب أن يقرأ الكتاب كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به لانهم ان لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى الامن شهد بالحق (٤٨٣) وهم يعلمون ويحتمه بحضرتهم ويسلمه الى الشهود كي لا يتوهم التغيير اذا كان

بغير ختم أو بيد الخصم وهذا قولهما وقال أبو يوسف انه يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعى ويدفع اليهم كتابا آخر غير محتوم ليكون معهم معاونة على حفظهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال أبو يوسف آخر شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا أشهدهم القاضي ان هذا كتابه وختمه فشهدوا على الكتاب وانحتم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان انحتم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما تبلى بالقضاء وانما قال آخر لان قوله الاول مثل قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف تيسيرا على الناس

قال المصنف (ويسلمه اليهم) أقول قال في النهاية أي الى الشهود وعلى القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب الى المدعى وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة وعلى

قول أبي حنيفة يسلم المكتوب الى الشهود كذا وجدت بخط شيخى انتهى ثم قال وأجمعوا في الصلح ان الشهادة لا تصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسئلة فان الناس اعتادوا بخلاف ذلك اه

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به) لانه لا شهادة بدون العلم (ثم يحتمه بحضرتهم ويسلمه اليهم) كي لا يتوهم التغيير وهذا عند أبي حنيفة ومحمد لان علم ما في الكتاب وانحتم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولا هذا يدفع اليهم كتاب آخر غير محتوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال أبو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن أبي يوسف ان انحتم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما تبلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله

القاضي الى القاضي (قوله ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم) شروع في بيان الشروط الموعود به كرها في قوله ويختص بشرائط نذكرها والحاصل ان شهدا الشهود على ما في الكتاب فلا بد حينئذ من ان يقرأه عليهم أو يعلمهم ما فيه أي باخباره لانه لا شهادة بلا علم بالشهود به كمالا لاشهدوا بان هذا الصلح مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشترط عليهم بما في كتاب القاضي قول أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد ومالك في رواية ومن أن يشهدوا ان ختمه وذلك بأن يحتمه بحضرتهم ويسلمه اليهم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ولا بد أن يكون الكتاب معنونا أي مكتوبا فيه العنوان الذي قد مناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب اليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن فان لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يقبله لثمة التغيير وعن هذا قيل ينبغي أن يكون معه نسخة أخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ ما في الكتاب فانه لا بد من التدقيق من وقت الشهادة الى وقت الاداء عندهما (وقال أبو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه) بعدما كان أو لا يقول كقول أبي حنيفة (وعن أبي يوسف أيضا ان انحتم ليس بشرط أيضا رخص في ذلك لما تبلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي) ولا شك عندى في صحة فان الفرض اذا كان عند الشهود وهم حلة الكتاب فلا يضره كونه غير محتوم مع شهادتهم انه كتابه نعم اذا كان الكتاب مع المدعى ينبغي أن يشترط انحتم لاحتمال التغيير الا أن يشهدوا بما فيه حفظا فالوجه ان كان الكتاب مع الشهود ان لا يشترط معرفتهم لما فيه ولا انحتم بل تكفى شهادتهم انه كتابه مع عدالتهم وان كان مع المدعى اشترط حفظهم لما فيه فقط ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتب لا يقبل وذلك لينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت أولا وكذا ان شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لا تقبل وفي خزائن الفقه يجوز كتاب القاضي الى القاضي في المصرين ومن قاضى مصر الى قاضى رستاق ولا يجوز من قاضى رستاق الى قاضى مصر انتهى والذي ينبغي أن يعدد عدالة شهادة شهود الاصل والكتاب لا فرق ولو كان العنوان من فلان الى فلان أو من أبي فلان الى أبي فلان لا يقبل لان مجرد الاسم أو الكنية لا يعرف به الا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى وكذلك النسبة الى أبيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وقبل تقبل الكنية المشهورة كآبي حنيفة على رواية أبي سليمان ولا تجوز في سائر الروايات لان الناس يشتركون في الكنى غير أن بعضهم يشتهر بها فلا يعلم المكتوب اليه أن المكتوب هو الذي اشتهر بها أو غيره بخلاف ما لو كتب الى قاضى بلدة كذا فانه في الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالاضافة الى محل الولاية ولم يشترط أبو يوسف

العنوان

القول أبي حنيفة يسلم المكتوب الى الشهود كذا وجدت بخط شيخى انتهى ثم قال وأجمعوا في الصلح ان الشهادة لا تصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسئلة فان الناس اعتادوا بخلاف ذلك اه

قال (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم الخ) لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة أداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضرة الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جاز بغية الخصم لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيته وقال في شرح الاقطع وقال أبو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله والحكم بعد ذلك يقع بماعلمه من الكتاب فاعتبر بحضور الخصم عند الحكم به قال (فاذا سلمه الشهود الى الخ) اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وأرزمه بما فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف اذا شهدوا أنه كتاب فلان وختمه قبله وفحه لما مرانه لم يشترط شيئا من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا واعدلوا قال المصنف والصحيح أنه يفيض الكتاب أي يفحه بعد العدالة كذا ذكره الخصاص لانه اذا لم تظهر العدالة ربما احتاج (٤٨٣) المدعى الى أن يزيد في شهوده

واغمايكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم يشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه فأما اذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك وهذا يرى أنه دور ظاهر فان المدعى انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطوا لم تظهر فأما اذا لم تكن شرطاً فكما أداوا الشهادة جاز فضاء فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب أنا لا نسلم أنه لا يحتاج الى زيادة شهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن وقد استدل على ذلك بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة الشهود

قال (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم) لانه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال (فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وأرزمه بما فيه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه وختمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفيض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاص رحمه الله لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود واغمايكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم

العنوان أيضا بل اذا لم يكن معنونا وكان محتوما وشهدوا بالختم كفي (قوله) واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم وفي بعض النسخ لم يفتك الا بحضرة الخصم كما ذكرنا في ما تقدم والمراد انه لا يقرؤه الا بحضوره لا بمجرد قوله فانه لا يتعلق به حكم وترتيب الحال انه اذا وصل المدعى الى القاضي جمع بينه وبين خصمه فان اعترف استغنى عن الكتاب وان أنكر قال له هل لك حجة فان قال معي كتاب القاضي اليك طاب له بالجنة عليه فاذا حضروا أحضر خصمه ان لم يكن حاضر افيشهدون بحضرة انه كتاب القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا فحينئذ افسكه وقرأه عليه واغمايكنهم الا بحضوره (لانه) أي الكتاب في المعنى (بمنزلة الشهادة) على الشهادة لان القاضي يتقبل ألقاظ الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارة (بخلاف القاضي الكاتب) فانه يسمع من الاصول الشهادة وان كان الخصم المدعى عليه غائبا (لان سماعه ليس للحكم بل للنقل) فكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع لشهادة الاصل وفي التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد وقد علمت أن قول أبي يوسف الاكتفاء بشهادة انه كتابه وختمه (ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة) في شهود الكتاب (للفتح) حيث قال فاذا شهدوا الخ فتحه ولم يقل فاذا شهدوا واعدلوا قال المصنف (والصحيح انه يفيض الكتاب بعد ثبوت العدالة ذكره الخصاص) واحترزه عماد كوفي المغني فانه قال فيه وذكره الخصاص لا يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ما ذكر محمد أصح أي تجوز الفتح قبل

على الكتاب وفيه نظر لان فك الخاتم عمل بالكتاب لا به ولعل الاصح ما قاله محمد رحمه الله من تجوز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كذا نقله الصدر الشهيد في المغني والمكتوب اليه

قال المصنف (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم) أقول وفي المحيط ولوقبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز ولو سمع البينة على ان هذا كتاب القاضي من غير حضرة الخصم لا يجوز فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اه وفيه أيضا الاولى أن يكون الفتح بحضرة الخصم وان فتح بغير محضر منه جاز اه (قوله لما فرغ الى قوله بجانب المكتوب اليه) أقول وأنت خبير ان قوله ولا يقبل الكتاب الا من الاحكام المتعلقة بالمكتوب اليه وجوابه ان قوله لا يقبل على بناء المفعول والمقبولية وعدمها من أحكام الكاتب (قوله فأما اذا لم يكن شرطاً) أقول كما هو مذهب أبي حنيفة على ما سيجي في الشهادة (قوله وقد استدل على ذلك) أقول قوله وقد استدل أي بوجه آخر وقوله على ذلك أي على اشتراط العدالة (قوله بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب الخ) أقول لا يخفى عليك عدم تكرار الحد الاوسط فان الباع في الصغرى للابسة وفي الكبرى للسبية وأيضا للقاتل بعدم الاشتراط منع الكبرى فليتأمل (قوله وفيه نظر الخ) أقول فيه تأمل

انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء بمجنون أو انما أو فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب أو بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال أبو يوسف في الامالى يعمل به وهو قول الشافعي رحمه الله لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه يكتبه بنقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل (٤٨٤) قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الفروع اذا ما تولى بعد أداء الشهادة قبل

وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضياً آخر في غير عملها وفي غير عملها وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضى ببلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاله وهو معروف

ظهورها بعد الشهادة بأنه كتابه ووجهه المصنف بما ذكره الخصاص من انه ربما يحتاج الى زيادة الشهود بأن ارتاب في هؤلاء فيقول زنى شهودا ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين الاحال قيام الختم في فرع لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي الى قاضى ببلدة فهرب الى بلدة أخرى كان للقاضي المكتوب اليه أن يكتب الى قاضى تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي فكما يجوز الاول الكتابة فنجوز الثاني والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب فلم يخرج من يده حتى يرجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعى شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولا به القضاء وانما يستفيد به لو كان الخصم حاضراً وقت شهادتهم (وانما يقبله المكتوب اليه) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو أن يكون القاضي الكاتب على قضائه الى أن يمضي أمر الكتاب فلو أنه مات أو عزل قبل أن يصل الى المكتوب اليه أو خرج عن أهلية القضاء بمجنون أو فسق قالوا أو فسق وانما يخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب وقال أبو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال أحمد لان كتاب القاضي الى القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهود الفرع اذا ما تولى بعد أداء الشهادة قبل القضاء أو مات الاصل بعد أداء الفرع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب في النسخة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقرأه لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الابقراته وبهذا تبين أن العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه وقراته لا يوجب عليه شيئاً فقول المصنف (التحق بواحد من الرعايا) يعنى قبل تمام القضاء (ولهذا لا يقبل اخباره قاضياً آخر) غير المكتوب اليه (في غير عمله أو غير علمهما) ولو كان على قضائه لانه بالنسبة الى العمل الاخر كواحد من الرعايا غير أن الكتاب خص من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقراته عمل به المكتوب اليه هكذا ذكر في ظاهر الرواية (وكذا لو مات المكتوب اليه) أو عزل وولى غيره لا يعمل الذي قام مقامه عندنا (الا اذا) كان (كتب الى فلان قاضى ببلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاله) وقد قدمنا ما هنا وقال الشافعي وأحمد يعمل به لان المعول عليه شهادة الشهود على ما تحمله ومن يحمل وشهد وجب على كل قاض الحكم بشهادته وصار كالوكتب والى كل قاض وصل اليه وأجيب بأن الكاتب لما خص الاول بالكتابة فقد اعتمد عدالته وأمانته والقضاة متفاوتون في أداء الامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا أردفه بقوله والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان هناك اعتمد على علم الكل وأمانتهم فكان الكل مكتوب اليهم معينين أما لو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقد منأ أنه

القضاء وانه لا يمنع القضاء ولنا القول بالوجوب وهو ان الكاتب وان كان ناقلاً الا أن هذا النقل له حكم القضاء بدليل أنه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظة الشهادة ووجب على الكاتب هذا النقل لسماع البيينة وما وجب على القاضي بسماع البيينة قضاء لكنه غير تام لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراته عليه فبطل كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل اتمامها واستدل المصنف بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخبار قاض آخر في غير عمله أو في غير علمهما وهذا ظاهر فيما اذا عزل أما في الموت أو في الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يلتحقان بواحد من الرعايا ويمكن أن يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حياً وعلى أهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت أو الخروج عن الاهلية أو كذا لو مات المكتوب اليه بطل كتابه

وقال الشافعي يعمل به من كان قائماً مقامه في القضاء كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا أن اجازة القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وأمانته والقضاة متفاوتون في أداء الامانة فصاروا كالأمانة في الاموال وهناك قد لا يعتمد على كل أحد فكذا هنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضى ببلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه أتى بما هو شرط وهو أن يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غيره تبعاله

بمخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان من فلان قاضي بلدة كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند أبي حنيفة وقبل الظاهر أن محمدا معه لانه من معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط كما هو وهو رد لقول أبي يوسف في جواز فانه حين ابتلى بالقضاء وسع كثيرا تسهيلات الامر على الناس (ولومات الخصم بنفذ الكتاب على ورثته لقيامهم بمقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده (ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) وقال الشافعي في قول (٤٨٥) يقبل لان الاعتماد على الشهود

(ولنا أن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) وهي غير مقبولة فيهما (ولان مبناها على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما)

بمخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا رجعهم الله لانه غير معروف ولو كان مات الخصم بنفذ الكتاب على وارثه لقيامه بمقامه (ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناها على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص) اعتبارا بشهادتها

أجازة أبو يوسف وهو مذهب الشافعي وأحمد ومنعه أبو حنيفة والظاهر أن محمدا مع أبي حنيفة والوجه قول أبي يوسف لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطا فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الأجل والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء (ولومات الخصم بنفذ الكتاب على وارثه لقيامه بمقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه (قوله ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأحمد لان الاعتماد على الشهود وقدره شاهدنا (لان فيه) أي في كتاب القاضي (شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) لا يقيمها الحد لان مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشبهات (وفي قبول الكتاب سعي) واحتياط (في اثباتهما) وعرف من تقريرنا أن المعنى على عدم الواو في قوله ولان مبناها الخ والله أعلم وأعلم أن ذكر بما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصرح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيره في رجل وامرأة ادعيا ولدا وقالوا هو معروف بالنسب منها هو في يد فلان استترقه في بلدة كذا وطلبنا الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد وان ادعيا النسب ولم يذكرا الاسترقاق يكتب بالاتفاق لانه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف المسئلة الاولى لانه يريد دفع الرق فهو كدعوى انه عبدي (فرع) هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كلقضاء بعلمه والتفاوت هناك القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو أقام شاهدا واحدا عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتابا الى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه ويكتب في الدين المؤجل وبين الاجل ليطالبه اذا حل هناك ولو قال استوفى غريمي دينه أو أبرأني منه وأقام عليه بينة وأنا أريد أن أقدم البلدة التي هو فيها وأخاف أن يأخذني به فعند محمد يكتب وعند أبي يوسف لا يكتب وأجمعوا أنه لو قال بحمدني الاستيفاء أو الأبراء مرة يكتب وكذا اذا ادعى أن الشفيع الغائب سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضا ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بأخر وأخاف أن ينكر الطلاق فأحضرتها وقالت للقاضي سلمه حتى اذا أنكر أفت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الكل سواء وهذا الاحتياط

(فصل آخر) (قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص) وقال الأئمة الثلاثة لا يجوز لان المرأة ناقصة العقل ليست أهلا للقصومة مع الرجال في محافل الخصوم قال صلى الله عليه وسلم (الخ) قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها

قال المصنف (بمخلاف ما اذا كتب ابتداء الخ) أقول قال ابن الهمام في شرح قوله ولا يقبل الكتاب الخ وأجازة أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم أه (فصل آخر) (قوله والاولي أن يجعل هذا فصلا آخر الى قوله وهذا فصل آخر) أقول نعم هذا فصل آخر في أدب القاضي لكن الفصل بين الفصلين بباب كتاب القاضي الى القاضي بدون أن يورده عقيب الفصل الاول يحتاج الى سبب وذلك ما قاله صاحب النهاية

وقدم الوجه أى فى أول أدب القاضى أن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان من أهل الشهادة يكون أهلا للقضاء وهى أهل للشهادة فى غير الحدود والقصاص فهى أهل للقضاء فى غيرهما وقيل أراد به ما مر قبل بملفوظ من قوله لأن فيه شبهة البدلية فإنه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيه ما وشهادتها كذلك كما سيجى وقضاؤها مستفاد من شهادتها (وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء) (٤٨٦) بعدد غيره (الأن يفوض اليه ذلك لأنه قد القضاة دون التقليديه) أى

وقدم الوجه (وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء الآن يفوض اليه ذلك) لأنه قد القضاة دون التقليديه فصار كوكيل الوكيل بخلاف الأمور بأقامة الجمعية حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به إذا بالاختلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثانى بمحض من الاول أو قضى الثانى فأجاز الاول جاز كفى الوكالة

لن يفلح قوم ولو أمرهم امرأه رواه البخارى قال المصنف (وقدم الوجه) يعنى وجه جواز قضائها وهو أن القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من أهل الشهادة فتكون من أهل الولاية وقيل هو قوله قبل لأن فيه شبهة البدلية ولا يخفى أن هذا النحى يخص وجه استثناء الحدود والقصاص والاحسن أن يجعل كلامهما والمصنف لم ينصب الخلاف ليجتاز الى الجواب عن الدليل المذكور والجواب أن ما ذكر غاية ما يفيد منع أن تستقضى وعدم حمله والكلام فيما لو وليت وأتم المقلد بذلك أو حكمها خصمان فقطت قضاء موافقا للدين الله أكان ينفذ أم لا لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله الآن ثبت شرعاً سلب أهليتها وليس فى الشرع سوى نقصان عقلها ومعه يوم أنه لم يصل الى حد سلب ولايتها بالكلية ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة فى الأوقاف ووصية على السامى وذلك النقصان بالنسبة والاضافة ثم هو منسوب الى الجنس فجاز فى الفرد خلافه ألا ترى الى نصريحهم بصدق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خيراً من بعض أفراد الرجال ولذلك النقص الغريزى نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوايهن عدم الفلاح فكان الحديث متعريضاً للمولين ولهن بنقص الحال وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقطت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق (قوله وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء) فى صحة ولا مرض (الأن يفوض ذلك اليه) فيملكه كما أنه اذا صرح فيه بالمنع بمنع منه وهذا (لأنه قد القضاة دون التقليديه فصار كالوكيل) ليس له أن يوكل (بخلاف الأمور بأقامة الجمعية حيث) جاز له أن (يستخلف) لأنه لتوقته بحيث لو عرض فى وقته ما يمنعه كان لا الى خلف ومعلوم أن الانسان غرض للاعراض فكان المولى له أن ذنا فى استخلافه دلالة بشرط أن يكون المستخلف سمع الخطبة أما اذا لم يكن سمعها فلا لانها من شرائط افتتاح الجمعية بخلاف ما لو سمعها لم يشهد الخطبة حيث يجوز لان المأمور هناك بان وليس بمفتق والخطبة شرط الافتتاح وقد وجد فى حق الأصل ولذا لو أفسدها هذا الخليفة واستفتح بجوز وان لم يشهد الخطبة لان شروعه فيها صحيح وبهذا الشرع التحق بن شهادتها هذا الخليفة حكمًا وبخلاف المستعير فإن له أن يعير بشرطه لأنه يملك المنافع لنفسه فكان له تعليمها بخلاف ولاية القضاء فانما هى اذن فى أن يعمل لغيره وهذا ما قالوا من قام مقام غيره لا يكون له اقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له وبخلاف الوصى يملك الايصاء والتوكيل بطريق الدلالة أيضاً لان ثبوتها بعد الموت وربما يحجز الوصى عن المباشرة بنفسه والموصى قدماء فلا يمكن رجعه الى رأيه فتضمن الايصاء الاذن بالاستخلاف وقوله (ولو قضى الثانى بمحض من الاول أو قضى) بغيبته فبلغه (فأجاز جاز كفى الوكالة) اذا وكل الوكيل لغيره فتصرف بمحضه

بالقضاء (فصار كالوكيل) لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه ذلك (بخلاف الأمور بأقامة الجمعية حيث) يجوز له أن (يستخلف لأن) أداء الجمعية على شرف الفوات لتوقته (بوقت يفوت الاداء بانقضائه) فكان الامر به من الخليفة اذ ناله بالاستخلاف دلالة) لكن انما يجوز اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعية فلا افتتاح الاول الصلاة ثم سبقه الحديث فاستخلف من لم يشهد بها جاز لان المستخلف بان لا مفتق وعرض عن أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعية فانه جائز وهو مفتق فى هذه الحالة لم يشهد الخطبة وأجيب بأنه لما صح شروعه فى الجمعية وصار خليفة للاول التحق بن شهادتها الخطبة وأرى ان الحاقه بالبانى لتقديم شروعه فى تلك الصلاة أولى قتأمل (قوله ولا كذلك القضاء) أى ليس القضاء كالجمعية لأنه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر فى اذن بالجمعية مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنعه من أدائها فى الوقت فقد رضى بالاستخلاف

بخلاف القضاء (قلو) فرضنا أنه استخلف (وقضى الثانى بمحض من الاول أو قضى الثانى) عند غيبة الاول (فأجاز الاول أو

جاز) اذا كان من أهل القضاء (كفى الوكالة) فان الوكيل اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بمحض الاول أو أجاز الاول جاز

(قوله وقيل أراد به الخ) أقول القائل صاحب النهاية وفيه تأمل قال المصنف (بخلاف الأمور بأقامة الجمعية) أقول قال فى الكافى مطلقاً اه أى مطلقاً عن الاذن بالاستخلاف



والثانية أنه قيد بقوله يرى  
غير ذلك إشارة إلى أن الحكم  
إذا لم يكن مخالفاً للدلالة  
المذكورة ينفذ سواء كان  
موافقاً لرأيه أو مخالفاً  
فانه إذا نفذ وهو مخالف  
لرأيه فمما يوافقه أولى  
ورواية القدوري ساكنة  
عن الفائدتين جميعاً

(قوله ورواية القدوري  
الخ) أقول عبارة القدوري  
أعم تتناول ما إذا كان  
موافقاً لرأيه أو مخالفاً  
وليس في عبارة الجامع إلا  
التنصيص على ما إذا كان  
مخالفاً ويعلم حال الموافقة  
بالاولوية كما ذكره الا انه  
لا يثبت بهذا القدر اولوية  
عبارة الجامع من عبارة  
القدوري فتدبر

ليست في القدوري احداً ما تقيده بالفقهاء أفاد أنه لو لم يكن عالماً بالخلاف لا ينفذ قال شمس الأئمة وهو  
ظاهر المذهب وعليه الاكثر والثانية التقييد بكون القاضي يرى غير ذلك فان القدوري لم يتعرض لهذا  
فيحتمل أن يكون مراده انه اذا كان رأيه في ذلك موافقاً للحكم الاول أمضاء وان كان مخالفاً له لا يعضيه  
فأبانت رواية الجامع أن الامضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان ذلك مخالفاً لرأيه أو موافقاً يعني  
بالطريق الاولى ولا يخفى أنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه  
الفقهاء في نفس الامر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالماً بأنه مختلف فيه أو غير عالم فانه أعم  
من كونه عالماً بما جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به هذا أمضاء فربما يفيد أن الثاني عالم  
بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ والكلام في القاضي الاول الذي ينفذ هذا الاخر حكمه  
وليس فيه دليل على انه كان عالماً بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم في الجامع التنصيص على أنه ينفذ  
وان كان خلاف رأيه وكلام القدوري يفيد أيضاً فانه قال اذا رفع اليه حكم ما حكم أمضاء وهو أعم  
ينتظم ما اذا كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً وانما في الجامع النصوصية عليه اذا كان مخالفاً وقوله الآن  
يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهد فيه حتى تجوز مخالفته أولاً  
فشرط حل الاجتهاد أن لا يكون مخالفاً للكتاب أو السنة يعني المشهورة مثل البيضة على المدعي  
واليمين على من أنكر فلو قضى بشاهدين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره  
في أفضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذ مطلقاً ثم يراد بالكتاب المجمع على مراده أو ما يكون مسدولاً  
لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل يجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم أمهاتكم الآية لقضى قاض  
بحل أم امرأته كان باطلا لا ينفذ والثاني مثل ولانا كلوا مما لا بد كرام الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل  
متروك التسمية عدا وهذا لا يضبط فان النص قد يكون مؤولاً فيخرج عن ظاهره فاذا منعناه بحجاب  
بأنه مؤول بالذبح للانصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف في أنه مؤول أو ليس بمؤول فلا يكون حكم أحد  
المتناظرين بأنه غير مؤول قاضياً على غيره منع الاجتهاد فيه نعم قد يترجح أحد القولين على الآخر بنيت  
دليل التأويل فيقع الاجتهاد في بعض أقراده هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد أولاً ولذا منع نحن  
نفاذ القضاء في بعض الاشياء ويجوزونه بالعكس ولقد نقل الخلاف في المحل عندنا أيضاً وان كان كثيراً  
يحكموا بالخلاف فسني الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من أدب القاضي قال وأما القضاء  
بحل متروك التسمية عدا فاجاز عندهما وعند أبي يوسف لا يجوز انتهى وأما عدم تسوية الاجتهاد بكونه  
مخالف للاجماع وسواء كان ذلك على الحكم أو على تأويل السمي أو بنقل عدم تسوية فقهاء العصر  
اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي الله عنهما في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه  
فلوقضى به قاض لا ينفذ حتى روى انه رجع عنه وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما اجمع عليه الجمهور  
لا يعتبر مخالفة البعض ولا يعني انه لا يعتبر في انعقاد الاجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد ولم يرد  
بالبعض مادون النصف أو مادون الكل بل الواحد والاثنين والالم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه أصلاً  
اذما من محل اجتهاد الا واحد الفريقين أقل من الفريق الاخر اذ لا يضبط تساوي الفريقين ولذا لم يمثله  
قط الا بخلاف ابن عباس وشعوه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق أهل الاجماع على حكم  
مخالفتهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقوله ذلك الواحد في مقابلة قول الباقيين  
ثم هذا أعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك أولاً والذي صححه شمس الأئمة واختاره أن الواحد المخالف  
ان سوغوا له اجتهاده لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغوا الا يصير المحل مجتهداً فيه قال واليه أشار  
أبو بكر الرازي لأن ذلك كما قال المصنف خلاف لا اختلاف ثم قال المصنف المتعبر الاختلاف في الصدر  
الاول يعني أن يكون المحل محل اجتهاد يحقق الخلاف فيه بين الصحابة وقد يحتمل بعض العبارات ضم

التابعين وعليه فرع الخصاف ان القاضي أن يتقضى القضاء يبيع أم الولد لانه مخالف لاجماع التابعين وقد حكى في هذا الخلاف عندنا فقبل هذا قول محمد أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف في يجوز قضاؤه ولا يفسخ وفي النوازل عن أبي يوسف لا ينفذ القضاء فيه فاختلفت الرواية عن أبي يوسف وقال شمس الأئمة السر خشي هذه المسئلة تنبني على أن الاجماع التأخير رفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن فعن علي الجواز وعمر وغيره على منعه ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف لاجماع عند محمد فيبطله الثاني وعندهم ما لم يرفع اختلاف الصحابة وقع في محل الاجتهاد فلا يتقضى الثاني ولكن قال القاضي أبو زيد في التقويم ان محمد اوردى عنهم جميعا أن القضاء يبيع أم الولد لا يجوز فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف في الصدر الاول في كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان للقاضي أن يبطل ما قضى به القاضي المالكى والشافعى برأيه يعني انما يلزم اذا كان قول مالك أو الشافعى وافق قول بعض الصحابة أو التابعين المختلفين فلا يتقضى باعتباره أنه مختلف بين الصدر الاول لا باعتبار أنه قول مالك والشافعى فلو لم يكن فيما قول الصدر الاول بل الخلاف مقتضب فيها بين الامامين للقاضي أن يبطله اذا خالف رأيه وعندى أن هذا لا يقول عليه فان صح ان مالكا وأبا حنيفة والشافعى مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا والافلا ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف بين المشايخ حتى ينفذ القضاء بأحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذ لم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الأئمة يؤيده ما في النخبة عن الحلواني أن الاب اذا خلع الصغيرة على صداقها وورآه خير الهابان كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض نفذ وفي حيض متهاج الشريعة عن مالك فمن طلقها فاقضى عليها ستة أشهر لم ترد ما فاتها عند بعده بثلاثة أشهر فاذا قضى بذلك قاض ينبغي أن ينفذ لانه محتمد فيه الا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال وهذه المسئلة يجب حفظها لانها كثيرة الوقوع ثم ذكر في المنتقى أن العبرة بكون المحل محتمد فيه اشتباه الدليل لاحقيقة الخلاف قال ألا ترى أن القاضي اذا قضى بابطال طلاق المكره نفذ لانه محتمد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذا اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته يتقضى حكمه وكذا الوقضى في حد وأوقصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه وليس طريق القضاء الاول كونه في مختلف فيه وانما طريقه ان القضاء الاول حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من أهل الشهادة اذ ظاهر قوله تعالى فرجل وامرأتان يدل على جواز شهادتهما مع الرجال مطلقا وان وردت في المدانة لان العبرة لعوم اللفظ ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء في هذه الصورة ولو قضى بجواز نكاح بلا شهود نفذ لان المسئلة مختلف فيها قال عثمان والبي يشرطان الاعلان للشهود وقد اعتبر خلافهما لان الموضوع موضع اشتباه الدليل اذا اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضى أن لا تشترط الشهادة انتهى ولا يخفى انه اذا كانت معارضة المعنى للدليل السمعى النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محتمل اجتهاد ينفذ القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعى ومالك أو بيننا وبينهم أو أحدهم محل اشتباه الدليل حينئذ اذ لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الاول ولا بأس بذلك موضع نص فيها أهل المذهب بعينها اذا قضى القاضي بالوقاص بحلف المدعى أن فلا تفتأ له وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لخالفه السنة المشهورة البينة على المدعى واليمين على من أنكر مع أن معه ظاهرة في حديث محبسة وحويصة نذكره في القسامة ان شاء الله تعالى رب العالمين ولو قضى بجل المطلقة ثلاثا بجمرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ ذلك أيضا وهو

(والاصل) في تنفيذ القاضي ما رفع اليه اذ لم يكن مخالفا للادلة المذكورة (ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرد غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول) في ان كلامهما يحتمل الخطأ (وقد ترجح الاول باتصال القضاة به فلا ينقض بما هو دونه) درجة وهو ما لم يتصل القضاة به ولقائل أن يقول القضاء (٤٩٠) في المجتهد فيه متفرع على رأى المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحا لاصله

ويمكن أن يجاب عنه بأن القصر لا يصلح مرجحا لاصله من حيث هو منه أو مطلقا والثاني ممنوع فانه يجوز أن يكون مرجحا لاصله من حيث بقاء الاصل عند وجود ما رفعه من أصل بالفرع اذا شئ المساوي للشئ في القوة لا يرفع ما يساويه فيها مع شئ آخر والاو مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روى عن عمر رضي الله عنه انه لما شغله أشغال المسلمين استعان بزيد ابن ثابت رضي الله عنه فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه أحدا الخصمين فقال ان زيدا قضى علي يا أمير المؤمنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما يمنعك يا أمير المؤمنين الساعة فأنض لي فقال عمر لو كان هناك آخر لقضيت لك ولكن ههنا رأى والرأى مشترك (ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرد غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاة به فلا ينقض بما هو دونه (ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

حديث العسيلة وفي السير من الجامع الكبير اذا قضى ان الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجه نفاذ وفي الفصول نقلا عن فتاوى رشيد الدين الزوج الثاني اذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول فترجها الاول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لان الاجتهاد فيه مساغا وهو صريح ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فالكلم عليهن من عدة تعتدونهن وهو أيضا مذهب زفر ولو قضى في المأذون في نوع أنه مأذون فيه فقط كذهب الشافعي بصير متفقا ولو قضى بنصف الجهاز فبين طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر فتجهز لا ينفذ لانه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر ولو قضى بعدم جواز عقور الزوجة عن دم العمد بناء على قول البعض انه لاحق لها في القصاص لا ينفذ ولو زنى بأم امرأته فقضى باقرار البنت معه نفذ وحكي في الفصول فيما اذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافا عند أبي يوسف لا ينفذ لانه عليه وعند محمد يجوز وبصحة السلم في الحيوان ينفذ وينفذ بالقرعة في رقيق أعنت الميث واحد منهم وبالشهادة لايه وعكسه ينفذ عند أبي يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على الشهادة في يادون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مخدومة من غير أن يقرأها عليهم الميث أمضاه الآخر وبصحة النكاح الموقت بأيام نفذ ولو عقد أم وقتا بلنظ المتعة ثم ومتعني بنفسك عشرة أيام لا ينفذ ولو قضى برد زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر رضي الله عنه يقول ردها بالعيوب الخمسة وكذا بصحة رد الزوجة له ولو قضى بسقوط المهر بالتقدم بلاقرار ولا بينة لم ينفذ وكذا اذا قضى أن لا يؤجل العنين هذا في القضاء بالمجتهد فيه أما اذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه فهذه فريعات منه وأصله ان الخلاف اذا كان في نفس القضاء الواقع توقف على امضاء قاض آخر فان أمضاه ليس الثالث نقضه لان قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه أعنى قضاء الاول وعليه فرع اذا قضى بالحجر على المفسد للفساد لا ينفذ لانه لا يحقق الخلاف في القضاء فيتوقف على امضاء قاض آخر وقبل أن يرضيه الثاني نقضه لانه ليس قضاء في مجتهد فيه وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين فالقاضي الثاني مخير بين أن يجيزه أو يرد له لان الخلاف وقع في نفس القضاء ومنه ما لو قضى المحدود والاعنى وأما قضاء السلطان في أمر فالاصح انه ينفذ وقيل لا ينفذ على القول بأنه لا ينفذ يحتاج في نفاذه الى أن ينفذه قاض آخر وقيل في مسألة الحجر في صحة نقض الثاني أن قضاء الاول ليس بقضاء لعدم المقضى له وعليه نفذ قضاء الثاني باطلا لانه عن الحجر (قوله والاصل) حاصله توجيهه أن القاضي الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع اليه وهو أن اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة مثلا فتعارض اجتهاداهما وترجع الاول باتصال القضاة به فلا ينقضه الثاني باجتهاده هو دونه (قوله ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

(قوله ولأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول الخ) أقول وفيه ان اعتقادنا المذهب

الغير انه خطأ يحتمل الصواب ومذهبنا صواب

يحتمل الخطأ فلا يكون الثاني كالاول عندنا (قوله ويؤيده ما روى عن عمر الخ) أقول قال الزبلي وقد صح ان عمر لما كثرت أشغاله قلد القضاء بالدرء وساق القصة

ناسي المذهب نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا فقيه روايتان) ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ  
بيقين وعندهما لا ينقد في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى

ناسي المذهب نفذ عند أبي حنيفة) رواية واحدة (وان كان عامدا فقيه روايتان) عنه (ووجه  
النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين) لان رأيه يحتمل الخطا وان كان الظاهر عنده الصواب ورأى غيره يحتمل  
الصواب وان كان الظاهر عنده خطأ فليس واحدا منهم خطأ بيقين فكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه  
فينفذ ووجه عدم النفاذ ان قضاءه مع اعتقاده انه غير حق عبث فلا يعتبر كمن اشتبهت عليه القبلة فوقع  
تحريره الى جهة فصل الى غيرها لا يصح لاعتقاده خطأ نفسه فكذا هذا وانه أخذ شمس الائمة الاورجندى  
وبالاول أخذ الصدر الشهيد وفتح بعضهم عليه أن ما يفعله القضاء من الارسال الى شافعي ليحكم بطلان  
اليمين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي والا كان مقلدا لغيره ليفعل  
ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ أبو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم كانوا يبتعدون القضاء  
من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذا وان كان مخالفا لأى الخلفاء انتهى وأؤكد الامور في هذا حكمهم سريع  
بما يخالف رأى على كثيرا وهو يعلم ووافقته كما علم في رده شهادة الحسن له وعمر قبله فقبل صرح عن عمر  
رضي الله عنه انه قلدا بالدرء القضاء فاختص اليه رجلا ن ففضي لاحدهما ثم لقي القاضي عليه عمر  
فسأله عن حاله فقال قضى على فقال لو كنت مكانه قضيت لك قال فما يمنعك فقال عمر ليس هنا نص والرأى  
مشترك وغير ذلك وتحقيقه أن القاضي المرسل يقطع بأن ما يفعله القاضي المرسل اليه مأمور به من عند  
الله فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقة حكم الله الثابت في نفس الامر لكن القطع بأن المكلف به  
منه تعالى ليس اصابة ذلك بل العمل بظنونه وان خالف حكمه تعالى فقد أوجب عليه أن يعمل بخلاف  
حكمه تعالى فكان ارسال الحنفى اليه ارسالا لأن يحكم بما أمره الله تعالى ولا جناح عليه في ذلك مع علمه  
ان الله جوزه أن يقول هذا القول وأن يعمل به من افتاء به أو حكم به عليه واقتصار المصنف على وجه  
النفاذ دليل انه المرجح عنده هذا عند أبي حنيفة (وعندهما لا ينقد في الوجهين) يعنى وجه النسيان  
والعمد (لانه قضى بما هو خطأ عنده) وقد تضمن وجه أبي حنيفة جوابه بيسير تأمل ومع ذلك ذكر المصنف  
كصاحب المحيط الفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قول أبي حنيفة فقد  
اختلف النتموى والوجه في هذا الزمان أن يبقى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل  
لا قصه جميل وأما الناسي فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره وهذا كله في القاضي  
المجتهد فأما المقلد فأنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى  
ذلك الحكم هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضاء بخلاف مذهبه وقال وجه  
من قال بالجواز أن القاضي مأمور بالمشاورة وقد تقع على خلاف رأيه وجه المنع قوله تعالى وأن  
احكم بينهم بما أنزل الله الآية واتباعه غير رأيه اتباع هوى غيره والوجه الصحيح أن المجتهد مأمور بالعمل  
بمقتضى ظنه اجماعا وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعمله هناديس الا فتاؤه بخلاف المرسل الى من يرى  
خلاف رأيه ليحكم هو فانه لم يحكم فيه بشئ هذا ومن تمة اليمين المضافة انه اذا فسح اليمين المضافة  
بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطئ الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسح حكمى عن برهان  
الائمة يكون الوطء حلالا ولو كانت اليمين كل امرأة أتزوجها فتزوج امرأته وفسخت اليمين ثم تزوج  
بأخرى هل يحتاج الى الفسخ في كل امرأة ذكر فيه خلاف عند أبي يوسف يحتاج وعند محمد لا وفي  
المنتقى ذكر أن عند أبي حنيفة يحتاج وعند أبي يوسف لا يحتاج واختلف فيه المشايخ أيضا وحيلة  
أن لا يحتاج في كل امرأة أن يقضى القاضي عند تزوج امرأته بطلان اليمين الواقعة مطلقا من  
غير قيد فسخها في حق تلك المرأة وسند كرى في أمر الفتوى فيها كلاما آخر في باب التحكيم

أيضا بطريق الاولى (أنه  
ليس بخطأ بيقين) لكونه  
مجتهدا فيه وما هو كذلك  
فالحكم به نافذ كعامه  
المجتهدات ووجه عدمه  
أنه زعم فساد قضائه  
وهو مؤاخذ بزعمه (وقال  
أبو يوسف ومحمد رجما  
الله لا ينقد في الوجهين  
لانه قضى بما هو خطأ  
عنده) فيعمل به بزعمه  
قال المصنف (وعليه  
الفتوى)

قال المصنف (وان كان  
عامدا فقيه روايتان)  
أقول قال النسيان في  
الكافي وفي الصغرى اذا  
قضى في محل الاجتهاد  
وهو لا يرى ذلك بل يرى  
خلافه فينفذ عند أبي  
حنيفة وعليه الفتوى  
اه قال ابن الهمام الوجه  
في هذا الزمان أن يبقى  
بقولهما لأن التارك  
لمذهبه عمدا لا يفعله  
الا لهوى باطل لا قصد  
جميل ثم قال وأما الناسي  
فلان المقلد ما قلده  
الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب  
غيره وهذا كله في القاضي  
المجتهد وأما المقلد فأنما  
ولاه ليحكم بمذهب أبي  
حنيفة مثلا فلا يملك  
المخالفة فيكون معزولا  
بالنسبة الى ذلك الحكم  
اه (قوله بطريق  
الاولى)

قال (ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا) لما ذكرنا حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض أراد أن بين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فإذا حكم بما يخالف ذلك ورفع إلى آخر لم يتقدمه بل يبطله حتى لو تقدم ثم رفع إلى فاض ثالث نقض لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فإنه إذا رفع إلى الثاني نقضه كما مر فان نقضه فرفع إلى ثالث فإنه يتقدم القضاء الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا يتقدم والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يخالف السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجاريته التي وطئها الاب فلو حكم بما يجوز ذلك نقضه من رفع اليه (والمراد بالسنة المشهورة منها) كما ذكرنا والمراد بالجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور أي جل الناس وأكثرهم (ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك خلاف للاختلاف) فعلى هذا إذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه وينبغي أن يحمل كلام المصنف هذا على ما إذا كان الواحد المخالف بمن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل فإنه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وأنكره وأعلمه فإذا حكم بما يجوز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فأما إذا سوغ له ذلك لم ينقض الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط حجب الام من الثلث إلى السدس بالجمع من الاخوة وفي اعطائهم الثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين فان حكم به ما لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الامة ولعله اختيار المصنف ولا يحمل على قول من يرى ان خلاف الأقل غير مانع لان عقاده لانه ليس يصح عند عامة العلماء قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول) معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا إذا حكم الشافعي أو المالكي برأيه بمخالف (٤٩٣) رأى من تقدم عليه من الصدر الاول ورفع ذلك إلى حاكم لم يرد ذلك كان له أن يتقدمه

قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتعريم الخ) كل ما قضى به القاضي بتعريمه في الظاهر أي فيما بيننا فهو في الباطن أي عند الله حرام وكذا إذا قضى بالحلل لكن بشرط أن تكون الدعوى بسبب معين كسكاح أو بيع أو طلاق أو عتاق لافي الاملاك المرسلة وهي مسألة قضاء القاضي في

ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتعريم فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا إذا قضى بالحلل وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقدمت في النكاح

(قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتعريمه فهو في الباطن كذلك) أي هو عند الله حرام وان كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك (وكذا إذا قضى بالحلل) يكون حلالا عند الله تعالى وان كان بشهادة الزور (وهذا) عند أبي حنيفة وهو مشروط بما (إذا كانت الدعوى بسبب معين)

العقود والفسوخ بشهادة الزور وفي العقود ما إذا ادعى على امرأته سكاها وأنكرت فأقام عليها شاهد زور وقضى القاضي للحلل بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكن منه على قول أبي يوسف الاول خلافا للمحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر وكذا إذا ادعت على رجل وأنكر ومنها ما إذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال بتعني هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني هذه الجارية فإنه يحل للشري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه وبالبيع بثمن قيمة الجارية أو بأقل مما يتعاقب فيه الناس أولا عند بعض المشايخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قصد او الانشاء ههنا ثبت اقتضاء فلا تسترط الشهادة وأن البيع بغبن فاحش ومبادلة ولهذا علمك العبد المأذون له والمكاتب وان لم يملك التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء ببعض من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لان القاضي يصير منشئا وانما يصير منشئا فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما إذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية وأقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطؤها ومنها ما إذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا وأقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهر او باطنا علم أن الزوج الاول لم يطلقها بان كان أحد الشاهدين أو لم يعلم بذلك وقالان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له ذلك الوطء لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك وأما الزوج الاول فلا يحل له الوطء عند أبي يوسف آخر وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام أن على قول أبي يوسف الآخر يحل وطؤها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني فإذا دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال أو لم يعلم

(قوله لان القاضي يصير منشئا) أقول الظاهر أن يقال منشئ (قوله لأنه تبرع) أقول أي من وجهه (قوله فإذا دخل بها لا يحل) أقول لوجوب العدة كالمسكوحة اذا وطئت بشبهة

قال (ولا يقضى القاضي على غائب الخ) البقاء على الغائب وله عندنا لا يجوز إلا إذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي إن غاب عن البلد أو عن مجلس الحكم واستقر في البلد جازوا لا يصح في الأصح لأن في الاستتار تضييع الحقوق دون غيره واستدل بأن ثبوت القضاء بوجود الحجية وهي البيئة فإذا وجدته ظهر الحق فيعمل للقاضي العمل بعقضاها ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة لأن الشهادة خير يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل إلا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا إذا كان الخصم حاضرا وأقر بالحق لأحاجة إليها ولا منازعة إلا بعد الانكار ولم يوجد (٤٩٣) فإن قال قد علمت بالشهادة بدون

الانكار إذا حضر الخصم وسكت أجيب بأن الشرع أنزله منكرا جلالا منه على الإصلاح إذا تظاهر من حال المسلم أن لا يسكت إن كان عليه دين أو رفع الظلمة إن أراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع الحجية فكان الانكار موجودا حكما وإن قال سلمنا أن المنازعة إلا بالانكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه فإن الأصل عدم الإقرار إذا الأصل في اليد الملك قلنا ممنوع فإن الظاهر من حالة الإقرار أن المدعي صادق بظاهر الوجود ما بصره عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الإقرار لعقله ودينه أيضا وإن قال لو أنكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجية وليس كذلك قلنا إذا كانت شرطا فاللزام ممنوعة لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود الشرط وسيأتي له جواب آخر وإن قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق

قال (ولا يقضى القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجية وهي البيئة فظهر الحق ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد للحل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسئلة هي التي تقدمت في النكاح المعفونة بأن القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذة عند أبي حنيفة باطنا خلافا لصاحبيه وباقي الأئمة ومن المثل ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي جاحدة وأقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمكن خلافا لهم وكذا إذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد ومنها قضى ببيع أمة بشهادة زور بأن ادعى على رجل أنه باعها منه أو أنكأ اشتريتها حل للسكر وطؤها إذا قامت البينة الزور وقضى بها وكذا في الفسوخ بالبيع والاقالة وفي الهبة روايتان ومنها ادعت أن الزوج طلقها ثلاثا وهو ينكر فأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال ولا يحمل عند الأئمة إذا كان عالم بالكذب اليهود ومن صور التحريم صبي وصبيته سيافكبرا أو اعتقائهم تزوج أحدهما بالآخر فباعا حرى مسلما وأقام بينة أنهم ما ولداه قضى القاضي بينهما بالفرقة فإن رجع الشهود أو تبين أنهم مشهودون ولا يحمل للزوج وطؤها عنده لأن القضاء بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا ومحمد في هذا الفرع مع أبي حنيفة لأنه لا يعلم حقيقة كذب الشهود وأجمعوا في الأملاك المرسلة عن تعيين سبب أنه لا يحمل باطنا والوجه في الأصل والفرق تقدم قبيل باب الأولياء والاكتفاء ومن الأوجه لابي حنيفة أنه لو فرق بينهما بأمر الزوج نفذ ظاهرا وباطنا فأمر الله أولى والقاضي مأمور بذلك منه حل وعلا وأما الاستنهاد بتفريق المتلاعنين فينفذ باطنا وإن كان أحدهما كاذبا فليس بشئ وفي الخلاصة وأجمعوا على أنه لو أقر بالطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف فقضى له بها لا يحمل وطؤها وإن الشهود لو تظاهروا عبيدا أو كفارا أو محدودين لا ينفذ باطنا وفيها رجل قال لامرأته أنت طالق البتة ونوى واحدة بائنة أو رجعية فقضى القاضي بأنها ثلاثا فأخذ يقول على نفذ القضاء ظاهرا وباطنا ثم بعد ذلك إن كان الزوج مجتهدا يتبع رأى القاضي عند محمد وعند أبي يوسف يتبع رأى القاضي إن كان مقضيا عليه وإن كان مقضيا له يتبع أشد الأمرين عليه وإن كان عاميا فإن استفتى فما أفتاه بالمقضي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وإن لم يستفت أخذ بما قضى به انتهى والوجه عندي قول محمد لأن اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجع على اجتهاد الزوج والأخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالا إنما ينعمه من القربان قبل القضاء أما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسئلة فلا (قوله ولا يقضى القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز) إذا كان غائبا عن البلد أو فيها وهو مستتر قول واحد وهو قول مالك وأحمد وإن كان في البلد غير مخفف فله قولان أحدهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك والفرق إن في المستتر تضييع الحقوق لولم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البيئة على المدعي والبعين على من أنكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل ولنا

بالبينة لأنه إن حضر وأقر لزم الدعوى وإن أنكر فكذلك فالجواب بأن النزاع في ظهور الحق بالبيئة فانه عندنا لا يظهر بها إلا بالانزع وبأنه مفيد لاحتمال أن يطعن في الشهود ويثبت أو يسلم الدعوى ويدعى الاداء ويثبت أو يقر قبل القضاء بالبيئة فيطل الحكم بالبيئة ووقوع ذلك بعد الحكم يمكن وفيه إبطاله وصون الحكم عن البطلان من أجل الفوائد

(قوله قلنا إذا كانت شرطا الخ) أقول فيه تأمل ثم الظاهر أن يقال إذا كان بدل قوله إذا كانت (قوله وبأنه مفيد الخ) أقول ومن هذا يعلم وجه ما يفعله قضاة زماننا حيث يرسلون المدعي عليه مع المدعي إلى القاضي الكاتب إذا طلب ذلك منهم

(قوله ولانه يحتمل الاقرار الخ) دليل آخر على المطلوب والضمير للشأن ويجوز أن يتنازع أن يشبه في وجه القضاء وأعمال الثاني ومعناه أن الشأن يحتمل الاقرار والانتكار أو وجه القضاء يحتملهما من الخصم فيشبهه على الحاكم وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في أول باب الاستحقاق من البيوع أن الرجل اذا اشترى جارية قولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه يأخذها وولدها وان أقر بها الرجل لم يأخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبنية فيظهر ملك الحاربه من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للاستحقاق ولهذا ترجع الباعثة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعثة بعضهم على بعض فان استدل الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا أو غائبا أو محدثا هندا حيث قالت يارسول الله ان أباسفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدي بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب (٤٩٤) أجيبنا عن الحديث الاول بأنه يدل على أن من ادعى شيئا فعليه اقامه

ولانه يحتمل الاقرار والانتكار من الخصم فيشبهه وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة ولو أنكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانتكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف فارجحه الله ومن يقوم مقامه قد يكون نائباً بانابته كالوكيل أو بانابته الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حاكماً بان كان ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعى على الحاضر

قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشي حتى تسمع كلام الآخر وقد مناه من رواية أبي داود وغيره وتصح به وتحميه فاعلم ان جهالة كلامه مانعة من القضاء وذلك ثابت مع غيبته وغيبته من يقوم مقامه ولان حجية البينة على وجهه يوجب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الا مع حضوره أو نائبه ولان شرط العمل بها الانتكار حتى لا تسمع على مقر ولا يقضى بها اذا اعترض الاقرار قبل القضاء وغيبته يقوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الانتكار ومالم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم ولا يكفي في الحكم بثبوت كونه الاصل لانه يترتب عليه وجود أمر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا جميعاً فحين قال لعبدته ان تدخل الدار اليوم فانت حرقض اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم أدخل لا يحكم بوجود العتق لوجود الشرط بناء على أن الاصل عدم الدخول لما ذكرنا أنه جعل شرط الحدوث أمر آخر فلا يحكم بوجوده بناء على الاصل فان قبل الخلاف ثابت فيما لو حضر وأنكر ثم غاب قلنا لان بقاء الانتكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل لجواز الرجوع عنه الا بالنظر الى الاصل ولا عبرة به وانما يقضى عليه بالبينة اذا حضر وسكت لا تزال الشرع اياه منكر الا أنه غير منكر وما قيل وقف البينة على حضوره غير مقيد لانه اما أن يقرأ أو ينكر وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس بشي لان مع حضوره يحتمل أن يقر فيبطل حكم البينة أو لا يقطع في البينة ويثبت أو لا يقطع في قضى عليه بالبينة ومع غيبته يشبه وجه القضاء فلا يجوز وهذا لان حكم الحاكم بالبينة أن ينفذ في حق سائر الناس وبالاقرار يقتصر على المقر ويظهر

البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا أقر ليس على المدعي اقامة البينة ليس بعمل للنزاع وانما النزاع في أن القاضي هل يجوز له أن يحكم على الغائب أولاً وليس فيه ما يدل على نفي أو اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشي حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن وعن حديث هندا بأنه عليه الصلاة والسلام كان عالماً باستحقاق النفقة على أبي سفيان الأتري

أنهم لم تقم البينة (قوله لو أنكر ثم غاب فكذلك) يعني لا يقضى القاضي في غيبته وان وجد منه الانتكار وكذا اذا أنكر ذلك وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء (لان الشرط قيام الانتكار وقت القضاء) لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سابق (وفيه خلاف أبي يوسف) فانه يقول الشرط الاصرار على الانتكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب وأجيب بأن الاستصحاب يصلح للرفع لا للاثبات قال (ومن يقوم مقامه الخ) لما ذكرنا أن القضاء على الغائب لا يجوز الا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم أن قيام الحاضر مقام الغائب اما أن يكون بفعل فاعل أو يكون حكماً شرعياً والاول اما أن يكون الفاعل هو الغائب كما اذا وكل شخصاً هو ظاهر أو القاضي كما اذا أقام وصياً من جهته والثاني اما أن يكون ما يدعى به على الغائب سبباً لازماً لما يدعى به على الحاضر

(قوله والضمير للشأن) أقول فيه بحث فان الجملة بعده تحتمل ضميره الآن مراد بضمير الشأن ما هو المصطلح (قوله ويجوز أن يتنازع أن يشبه الخ) أقول وأتى بضميره في الاول والاضمار قبل الذكر جائز في باب التنازع الآن جواز تنازع الحرف والفعل في اسم بعدهما يحتاج الى البيان (قوله وعن حديث هندا الخ) أقول ولانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى (قوله وفيه خلاف أبي يوسف الخ) أقول وفيه تأمل (قوله واعلم ان قيام الحاضر الخ) أقول كأنه يشير الى أن المضاف مقدر قبل قوله ومن يقوم مقامه أي وقيام من يقوم

أو شرط الحقة فان كان سبباً لازماً سواء كان المدعى واحداً كما اذا ادعى داراً في يد رجل أن ملكه وأنكر ذوال اليد فأقام المدعى بينة أن الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعى وهو الدار شئ واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للملك لا محالة أو شيئين مختلفين (٤٩٥) كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل

بحق من الحقوق فقال  
المشهد عليه هما عبدا  
فلان الغائب فأقام  
المشهد له بينة ان فلانا  
الغائب أعتقه هما وهو  
يملكهما تقبل هذه الشهادة  
والمدعى شيئاً المال على  
الحاضر والعق على  
الغائب والمدعى على  
الغائب سبب المدعى على  
الحاضر لا محالة لان ولاية  
الشهادة لا تنفك عن  
العق بحال فالقضاء فيهما  
على الحاضر قضاء على  
الغائب والحاضر ينتصب  
خصماً عن الغائب لان  
المدعى شئ واحد في الاول  
أو كشيء واحد في الثاني  
لعدم الانفكاك فإذا حضر  
الغائب وأنكر لا يلتفت  
الى انكاره ولا يحتاج الى  
اعادة البينة وله ما نظائر  
في الكتب البسيطة  
والمصنف لم يتعرض  
الالسيبية وأما أن يكون  
المدعى شيئاً واحداً أو  
شيئين مختلفين فلم يتعرض  
له للحصول المقصود بالسبب  
اللازم فان الشيء اذا ثبت  
ثبت بلوازمه وقيدنا  
السبب بقولنا لا زماً احترازاً  
عما اذا كان سبباً في وقت

وهذا في غير صورة في الكتب أما اذا كان شرط الحقة

ذلك فبين اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبيعة يأخذها وولدها ولو أقر به الرجل لم يأخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها وبالبيعة ترجع الباعة بعضهم على بعض وما ذكرناه فيما لو أنكر ثم غاب قول أبي حنيفة لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف فانه قال يحكم بها لان انكاره سمع نفاً وحدث شرط حجتها كما لو أقر ثم غاب يقضى بالاقرار وفي نوادر ابن سميعة عن محمد أنه لا يقضى بالبيعة ويقضى بالاقرار وهو قول أبي حنيفة لان في البيعة للمدعى عليه حق الطعن في البيعة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق أما ليس له حق الطعن في اقراره فالقضاء عليه حال غيبته ثم لا يبطل حقه وكان أبو يوسف يقول ألا لا يقضى بالبيعة والاقرار على الغائب جميعاً ثم يرجع لما ابتلى بالقضاء وقال يقضى فيه ما جعوا واستحسنه حفظ الاموال الناس فإذا علمنا أنه لا بد من حضوره أو حضور من يقوم مقامه فمن يقوم مقامه أحد ثلاث نائب باتباعه كوكيله أو باتباعه الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكماً يعني شخصاً يقوم مقامه حكماً أي يكون قيامه عنه حكماً لا مراً لازم له وافتصر المصنف عليها نقياً للسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذي ينصبه القاضي لسمع عليه الدعوى وكذا لو حضر المدعى رجلاً لا غير خصمه لسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهة وانما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد أن يبعث أمناه الى باب داره فينادي على باب داره ويقول احضر مجلس الحكم والايحكم عليكم أيا في غير ذلك الموضع فلا وذ كر محمد في الجامع رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكرانه غريم الغائب والغائب وكله بطلب كل حق له على غريمه بالكوفة وبالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فأقام بينة على وكالته فضى عليه بالوكلة يعني على الغائب قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على المسخر فانه قال ذكرانه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب قال انه مدر الشهود هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي أنه مسخر والوجه أن يحمل على احدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه أن في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين ذكر شمس الأثر السرخسي وشيخ الاسلام أنه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ وفي مفقود خواهر زاده لا ينبغي للقاضي أن يقضى للغائب من غير خصم كما لا ينبغي للقاضي أن يقضى على الغائب إلا أن مع هذا لو وكل وكيلاً أو نفذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى والذي يقتضيه النظر أن يقال ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو قضاء محدود في قذف ونحوه وحيث قضى على غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسألة نجية في الفصل الاول من الفتاوى الصغرى عين في يد رجل ادعى آخر انه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذوال اليد فالقاضي لا يأمر ذا اليد أن يسلمها الى المدعى حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره وهو عجيبة لانه اعترف بالملك للمدعى ولا يقضى عليه بالتسليم قال وأحال الصدر الشهيد هذه المسألة الى باب اليمين من أدب القاضي ولم أجد هاتئة وأما الثالث فما اذا كان ما يدعيه على الغائب سبباً لا محالة لما دعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه (وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما اذا كان ما يدعيه على الغائب (شرط الحقة)

دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصماً عن الغائب كما اذا قال رجل لامرأة رجل غائب ان زوجك فلانا الغائب وكلني أن أجلك اليه فقالت انه كان قد طلقني ثلاثاً وأقامت على ذلك بينة قبلت بينهما في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى اذا حضر وأنكر الطلاق يجب عليها إعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر

(قوله فالقضاء فيهما على الحاضر الخ) أقول جراء فان كان في قوله فان كان سبباً لازماً الخ المتقدم عليه بسبعة أسطر فحينما

وهو قصر يده فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بأن لم يكن وكيلًا بالحل قبل الطلاق وقد وجب بأن كان وكيلًا بالحل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببًا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا بقضى بقصر اليد دون الطلاق فلا يهما فان قيل كلام المصنف (٤٩٦) ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى الكمال عن

فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع

لا سيما لا محالة أو قد يكون سببا وقد لا يكون (فانه لا معتبر به في جعل الحاضر خصما عن الغائب) قال المصنف (وقد عرف تمامه في الجامع) مثال السبب الملزوم لا محالة في ست مسائل ثلاث فيما يكون المقضى شيئين وثلاث فيما يكون واحدا أما ثلاث الواحد احدها ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وأنكر ذواليد فأقام البيئة انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فانه يقضى بها في حق الحاضر والغائب لان الشراء سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة للملكه والثانية ادعى على آخره كفضله عن فلان الغائب بما يدوب له عليه فافر المدعى عليه بالذخالة وأنكر الذوب فأقام المدعى البيئة أنه ذاب له على فلان ألف يقضى بها على الكفيل والغائب حتى لو حضر وأنكر لا يلتفت الى انكاره الثالثة ادعى شفعة في دار في يد انسان فقال ذواليد الدار داري ما اشتريتها من أحد فأقام المدعى البيئة ان ذاليد اشتراها من فلان الغائب بألف وهو يملكها وأنا شفعيها بقضى بالشراء في حق ذواليد والغائب ومثال ثلاث الشئين احدها قذف محصنا فادعى عليه الحد فقال القاذف أنا عبد وعلى حد العبيد وقال المدعى القذوف بل أعتقك مولانا فعليك حد الاحرار والمولى غائب فأقام البيئة على ذلك تقبل هذه البيئة ويقضى بالعق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وأنكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالتعق سبب لكمال الحد وهو المدعى على الحاضر فهما شيان الثانية شاهدان شهدا على رجل مال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فأقام المشهود له البيئة ان مولا هما أعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل البيئة ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لان العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة الثالثة رجل قتل رجلا عدا له وليان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفان نصيبه وانقلب نصيبى مالا وأنكر القاتل فأقام المدعى البيئة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا فان قيل هذا منتهى عما اذا كان العبد بين غائب وحاضر فادعى العبد على الحاضر منه ما ان الغائب أعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر عن نفسه لصيرورته مكاتباً عند أبي حنيفة وأقام البيئة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البيئة أصلا مع ان اعناق الغائب نصيبه سبب لقصر يد الحاضر عنه لا محالة أجيب بأن عدم القبول عنده هنا لعدم انحصار الغائب بل لجهالة المقضى عليه بالكاتب لان الساكت اذا اختار تضييع العتق يصير العبد مكاتباً من جهة المعتق وان اختار الاستعانة بصير مكاتباً من جهة الساكت فكان المقضى عليه بالكاتب محجولاً فلا يقبل وأما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سبباً لا محالة لما يدعيه على الحاضر بل قد يكون وقد لا يكون فقد يكون أيضاً شيئين وقد يكون واحداً وبيانه في مسئلتين احدهما قال لعبد رجل مولانا وكنتي بحملك اليه فأقام العبد البيئة ان مولا أعتقه تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق يحتاج العبد الى إعادة البيئة به والثانية رجل قال لامرأة غائب وكنتي زوجك بحملك اليه فأقامت بيئة انه طلقها ثلاثا بقضى بقصر يد الوكيل عنهم دون الطلاق فلو حضر وأنكر الطلاق يحتاج الى اعادتها أو بيئة أخرى فالمدعى العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لان العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بأن لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجبا لانعزال بأن وجد بعد الوكيل فليس انعزال الوكيل حكماً أصلياً للطلاق

التقييد وان كان أعنى ما يدعى به على الغائب شرطاً لحقه أى لحق المدعى على الحاضر كمن قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فأنت طالق فادعت امرأة الخائف عليه ان فلانا طلق امرأته وأقامت على ذلك بيئة قال المصنف فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وهو قول عامة المشايخ لان بيننا على فلان الغائب لا تصح لان ذلك ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فغسر الاسلام وشمس الأئمة الاو زجندى ان البيئة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كما في السبب لان دعوى المدعى كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب للالزم والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين لان المعتبر توقف ما يدعى على الحاضر على ما يدعى على الغائب وهو في الشرط موجود وأخرج المصنف المسخر من جهة القاضي وهو من نصبه وكيلاً عن الغائب ليسمع الخصومة عليه بقوله كالوصى من جهة القاضي لان كلامه فين يقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احدى الرايتين فيه فكانه اختاره

والعتاق

يقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احدى الرايتين فيه فكانه اختاره

(قوله والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين) أقول فيه تأمل (قوله وأخرج المصنف الى قوله كالوصى) أقول فيه شئ فان كاف التيسير تدل على خلاف ما ذكره

قال (وبقرض القاضي أموال البنائى الخ) للقاضى أن يقرض أموال البنائى ويكتب الصك لاجل (٩٧) تذكر الحق وهو الاقراض لان

في اقراض أموالهم مصلتهم  
للقائم بحفظة فان القاضي  
لكثرة أشغاله قد يعجز  
عن الحفظ بنفسه وبالودعة  
ان حصل الحفظ لم تكن  
مضمونة بالهلاك فلم تكن  
مضمونة وبالقرض  
تصير محفظة مضمونة  
فيقرضها فان قيل نعم هو  
كذلك لكن لم يؤمن الثوى  
بحود المستقرض أجب  
بقوله والقاضى يقدر على  
الاستخراج ليكون معلوما له  
وبالكتابة يحصل الحفظ  
وينتفى النسيان بخلاف  
الوصى فانه ليس له أن يقرض  
فان فعل ضمن لان الحفظ  
والضمان وان كانا  
موجودين بالاقرض لكن  
مخافة الثوى باقية لعدم  
قدرته على الاستخراج لانه  
ليس كل قاض يعدل ولا  
كل بينة تعدل والاب كالوصى  
في أصح الروايتين لانه  
عاجز عن الاستخراج وهو  
اختيار الامام فخر الاسلام  
والصدر الشهيد والعقابي  
وفي رواية يجوز له ذلك  
لان ولاية الاب تم المال  
والنفس كولاية القاضي  
وشفقته تمنع من ترك النظر  
له والظاهر أنه يقرضه ممن  
يأمن بحوده وان أخذه  
الاب قرضاً لنفسه فالقرض  
يحوز وروى الحسن عن  
أبي حنيفة أنه ليس له ذلك

قال (وبقرض القاضي أموال البنائى ويكتب ذ كر الحق) لان في الاقراض مصلتهم لبقاء الاموال  
محفوظة مضمونة والقاضى يقدر على الاستخراج والكتابة يحفظه (وان أقرض الوصى ضمن) لانه  
لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصى في أصح الروايتين العجز عن الاستخراج  
والعتاق فمن حيث انه ليس سببا لحق الحاضر في الجلة لا يكون الحاضره خصما عن الغائب ومن حيث  
انه قد يكون سببا قبلنا البينة فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الو كاله لانه ليس من  
ضرورة انعزال الو كيل لتحقيق الطلاق والعتاق ولا من ضرورة تحقيق الطلاق والعتاق انعزال الو كيل  
فلا يقضى بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين الآن ما يدعيه على الغائب ليس  
سببا ما يدعيه على الحاضر الا باعتبار البقاء فيما به في مسائل احداها قالوا فيمن اشترى جارية فادعى  
المشتري على البائع انه كان زوجه من فلان الغائب ولم يعلم المشتري ويريد ان يرد هاهنا العيب وانكر  
البائع فاقام المشتري على ذلك بينة فانه لا يقضى بها لافي حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى  
شيئا ن الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والنكاح المدعى به على الغائب ليس سببا لما  
يدعى على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجها ثم طلقها فان أقام البينة على البقاء بأن شهدوا  
على انها امرأته للعالم لا تقبل أيضا لان البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شراء فاسدا اذا اراد  
البائع الاسترداد فاقام البينة انه باع من فلان الغائب لا تقبل لابطال حق الاسترداد لافي حق الحاضر  
ولا في حق الغائب لان نفس البيع ليس سببا لبطالان حق البائع في الاسترداد لجواز انه باع ثم انفسخ  
البيع بينهما فيعد ودفع البائع في الاسترداد واذ لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لم يكن خصما  
في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا الثالثة رجل في يده دار بيعت بجنبها دار فاراد ذو اليد  
أن يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي بيدك ليست لك انما هي لفلان فاقام الشفيع  
البينة انما ادارته اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لافي حق الحاضر ولا في حق الغائب لان  
المدعى شيئا والمدعى على الغائب من شراء الدار ليس سببا لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لانه لو  
فسخ بعد الشراء أو أزالها عن ملكه بسبب من الاسباب لا يكون له شفعة وانما تكون الشفعة باعتبار البقاء  
ولا بينة عليه ولو أقام على البقاء لم تقبل أيضا لما ذكرنا وأما ما يكون شرطافعة المشايخ فيه على أنه  
لا ينتص الحاضر خصما عن الغائب فيما يدعيه وصورته قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فأنث طالق  
فادعت أن فلانا طلق زوجته وأقامت البينة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق بها لانه ابتداء القضاء  
على الغائب وقد أفتى بعض المتأخرين كفخر الاسلام والاوزجندى فيه بانه تصاب الحاضر خصما عن  
الغائب ويقضى بوقوع الطلاق كما لو قال ان دخل فلان الدار فأنث طالق فبرهنت على دخول فلان  
حيث يصح وان كان فلان غائبا والجواب انه ليس في هذا قضاء على الغائب بشيء اذ ليس فيه ابطال حق  
له فصار الاصل ان ما كان شرط لثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق الغائب قبلت البينة فيه اذ ليس  
فيه قضاء على الغائب وما تضمن ابطالا عليه لا يقبل (قوله) وبقرض القاضي أموال البنائى ويكتب  
ذكر الحق) وهو المسمى في عرفنا بالصك والحق هنا هو الاقراض وهذا (لان في الاقراض مصلتهم)  
لان بقاءه على وجه الارض لا يؤمن معه السارق والغاصب المكابرو في القرض بقاؤها محفظة  
عن ذلك مضمونة (والقاضى يقدر على الاستخراج) فكان النظر في الاقراض بخلاف الوصى فانه  
لا يقدر على الاستخراج اذ ربما لا يوافق الشهود أو لا يجدهم ولو وجدهم فليس كل بينة تعدل ولا  
كل قاض يعدل وفي الجثنوي يدى القضاة ذل وصغار فكان اضرارا بالصغار على الاعتبار (والاب  
كالوصى في أصح الروايتين) لانه لا يقدر على الاستخراج ووجه الاخرى أنه أعم ولاية من الوصى

(٦٣ - فتح القدير خامس) (قوله) ويكتب الصك لاجل تذكر الحق الخ) أقول فيه اشارة الى ان ان تصاب ذكر  
الحق لكونه مفعولا له يكتب وعندى ان قوله ذكر الحق علم للصك كما يفهم من قول المصنف في أواخر مسائل شتى

## باب التحكيم

لأنه في المال والنفس كولاية القاضي ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانع من ترك النظر والظاهر أنه يقرض  
 من يأمن بحجوده وعلى هذا قالوا لو أخذ الأب قرضاً لنفسه يجوز وإن روى الحسن عن أبي حنيفة أنه  
 لا يجوز والجواب أن الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس اقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتسامح  
 القدرة على الاسترجاع بعد وجود أصل الولاية ولا قدرة للأب عليه بخلاف القاضي فإنه لو لم يجد  
 الشهود لموت أو غيبة قضى بعلمه واستخرج ولا يخفى أن قدرته هذه إنما تفيد مع وجود المسألة  
 أموالاً أعسر المستقرض صار القاضي كغيره في عدم القدرة وعن هذا قال الخصاصي ينبغي للقاضي  
 أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم المال حتى لو اختلف حال أحد منهم بأخذ منهم المال قبل أن يسر فلا  
 يقدر وكذلك لو كان المستقرض معسراً في الابتداء لا يجوز للقاضي إقراضه وقد انتظم ما ذكرنا حكم  
 القاضي بعلمه ونفصلها فغندنا وفي قول للشافعي أنه يجوز لظاهر مذهب مالك وأحمد لا يجوز  
 وعن كل منهما ما رواه بالجواز كقولنا لا لأنه صلى الله عليه وسلم قال له نذبت عنه خذني  
 من مالي ما يكفيك وذلك بالمعروف فهذا قضاء بعلمه وشرطه عند أبي حنيفة أن يعلم في حال قضاؤه  
 في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حدث خالص لله من قرض أو بيع أو غصب أو تطلق رجل امرأته  
 أو قتل عبداً أو حدث فذف وأما إذا علم قبل القضاء في حق العباد ثم ولي فرفعت اليه تلك الحادثة أو  
 عليها في حال قضاؤه في غير مصره ثم دخله فرفعت اليه لا يقضى عنده وقال يقضى وفي التجريد جعل  
 قول محمد مع أبي حنيفة ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضى واختلاف المشايخ على قول أبي  
 حنيفة وسواء كان مقلداً للرسنق أو لم يكن وأصل هذا أن قضاء القاضي في القرية والمفازة لا ينفذ  
 عند أبي حنيفة ومحمد ونص أصحاب المال عن أبي يوسف أنه ينفذ قضاؤه في السواد وهكذا في  
 النوادر عن محمد ولو علم بحادثة وهو قاض في مصره ثم عزل ثم أعيد إلى القضاء فعند أبي حنيفة لا يقضى  
 وعندهما يقضى وأما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقاً والله الموفق

## باب التحكيم

هذا أيضاً من فروع القضاء والحكم أحط رتبة من القاضي فإن القاضي يقضى فيما لا يقضى المحكم  
 فأخره عنه ولهذا قال أبو يوسف أنه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط وإضافته بخلاف القضاء لأن حكمه  
 بمنزلة الإصلاح والواقع منه كالصلح أو هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك والتحكيم جائز بالكتاب وقوله  
 تعالى فابعثوا حكماء من أهل الآية وفيه نظر وأما السنة فاقال أبو بشر يحيا رسول الله أن قومي إذا اختلفوا  
 في شيء فأوتوني فحكمته بينهم فرضي عن القرينان فقال عليه الصلاة والسلام ما أحسن هذا رواه النسائي  
 وأجمع على أنه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا  
 بحكمه فبينهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى أنه كان بين عمر وأبي بن كعب منازعة في نخل فحكم  
 بينهما زيد بن ثابت فأتياه فخرج زيد وقال لعمره لا بعثت إلى قاتيل يا أمير المؤمنين فقال عمر في بيته  
 يؤتى الحكم فدخل بيته فالتقى لعمر وسادة فقال عمر هذا أول جورك فكانت البيعة على عمر فقال زيد لا بد لي  
 لو أعفيت أمير المؤمنين فقال عمر عمن لم تعني فقال أبي نعني أمير المؤمنين ونصده وليعلم أنه لا يظن بأحد  
 منهما في هذه الخصومة التلميس وإنما هي لاشتباه الحادثة عليهم ما فقد ما إلى الحكم للبين لا للتلميس وفي  
 الحديث جواز التحكيم وإن زيدا كان معروفاً بالفقه وقد روى أن ابن عباس رضي الله عنهما كان يختلف  
 إليه ويأخذ به كاه عند ذكره وقال هكذا أمرنا أن نصنع بنقها ثنائاً قبل زيديده وقال هكذا أمرنا  
 أن نصنع بأشرفنا وفيه إن الامام لا يكون قاضياً في حق نفسه وأنه ينبغي أن من احتاج إلى العلم يأتي

## باب التحكيم

هذا باب من فروع القضاء  
 وتأخيره من حيث إن  
 المحكم أدنى مرتبة من  
 القاضي لاقتصار حكمه على  
 من رضى بحكمه وعموم  
 ولاية القاضي وهو مشروع  
 بالكتاب والاجماع أما  
 الكتاب فقوله تعالى فابعثوا  
 حكماء من أهلهم وحكام  
 أهلها والصلابة رضى الله  
 عنهم كانوا مجتمعين على  
 جواز التحكيم

## باب التحكيم

(قوله وعموم ولاية القاضي)  
 أقول المراد بعموم ولاية  
 القاضي هو تعدى الحكم  
 الصادر عنه إلى غير الخصامين  
 كما في صورة القتل خطأ  
 وأمثاله لأنه يجب أن يكون  
 مولى على آحاد كثيرة من  
 الناس فإنه قد يفرض اليه  
 الحكم في قضية واحدة بين  
 الشخصين المعينين كما  
 لا يخفى إلا أنه يمكن أن يقال  
 لا يطلق اسم القاضي لمثل  
 ذلك المولى كما يعلم من المبسوط

(واذا حكم رجلان رجلا لحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على أنفسهما فيصيح تحكيمهما وإذا حكم لهما) لصدر حكمه عن ولاية عليهما (وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه عزله فيما بينهما) واعترض بأنه لو كان كذلك لما وقع الفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول أبي يوسف لكنهما وقعت فأنهما ما تزا في القضاء دون التحكيم عنده وأوجب بأن التحكيم صلح معني حيث لا يثبت الابتراضى الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يتعلق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض (واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم) اشترط له أهلية القضاء (فلوح حكما امرأه فيما يثبت بالشهادتين جاز لانها من أهل الشهادة فيها) قال (ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) قد تقدم أن أهلية القضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقدح كما ولا يحكم كإفلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي ان حكمه المسلمون وان حكمه أهل الذمة جاز

٤٩٩

وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذي يحكم بين أهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا تحكيمه والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من أهل الشهادة عندنا كما سيأتي والقاسق والصبي لعدم أهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم القاسق يجب أن يجوز عندنا كما في أول أدب القاضى أن القاسق لا ينبغي أن يقدح القضاء ولو قلد جاز

(واذا حكم رجلان رجلا لحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز) لان لهما ولاية على أنفسهما فيصيح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضى فيما بينهما فاشترط أهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي والمحدود في القذف والقاسق والصبي لانعدام أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة والقاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى

الى العالم في بيته ولا يبعث اليه لياثمه وان كان أوجه الناس وأما القاضى زيد الواسعة فاجتهاد من قوله صلى الله عليه وسلم اذا أناكم كريم قوم فأكرموه وبسط النبي صلى الله عليه وسلم رداء لعدى بن حاتم وان الخليفة ليس أخيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الاول وانه لا بأس بالخلف صادقاً وامتناع عثمان عن اليمين حين لزمته كان لا امر آخر وان اليمين حق المدعى له أن يستوفى وتسقط باسقاطه (قوله واذا حكم رجلان رجلا) أو امرأة (فحكم بينهما ورضيا بحكمه) الى أن حكم (جاز) لان لهما ولاية على أنفسهما فيصيح تحكيمهما) وسند كراهة تخصيصات أولها قوله (وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم) بأن يكون أهلاً للشهادة (فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي) الآن يحكمه ذمياً لانه من أهل الشهادة عليهم فهم من أهل الحكم عليهم (و) كذلك (المحدود في القذف والقاسق) لا يجوز تحكيم أحد من هؤلاء (لعدم أهلية القضاء لعدم أهلية الشهادة والقاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى) القاسق ينفذ حكمه وقوله (وينفذ حكمه عليهما) عطف على جواب المسئلة أعني قوله جاز وهذه شروط التحكيم فقد منها على الجواب ولو قدم المجرور فقال وعليهما ينفذ حكمه كان مفيداً للحصر فيفيد انه لا ينفذ على غيرهما فلوح حكاه في عيب بالمبيع فقط يرد ليس للبائع أن يرد على بائعه الا أن يراضى البائع الاول والثاني والمشتري على تحكيمه فحينئذ يرد على الاول ولو اختلفت الوكيل بالمبيع مع المشتري منه في العيب فحكم يرد على الوكيل لم يلزم المولى كل اذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة الا أن يرضى المولى بالتحكيم معهم وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل المولى كل معهم في التحكيم ففي لزومه للمولى كل روايتان وانما اقتصر حكمه ولم يتعد لانه كالمصالح ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعاً حتى لو حكما بعد افتق أو صيباً أو ذمياً فبلغ وأسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد وكذا لو كان مسلماً وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضافات في قوله ولا يجوز تحكيم العبد الخ من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبرت الى الفاعل جاز في بعضهما دون بعض وفي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرة وتحكيم الذمى ذمياً يحكم بينه وبين ذمى يجوز لما ذكرنا

قال المصنف (فيشترط أهلية القضاء) أقول وفي المحيط يشترط أن يكون الحكم أهلاً للشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً حتى انه اذا لم يكن أهلاً للشهادة وقت التحكيم وصار أهلاً للشهادة وقت الحكم بان كان الحكم عبداً فاعتق وحكم لا ينفذ حكمه هكذا ذكر صاحب الافضية

والشيخ الامام شيخ الاسلام في شرح كتاب الصلح وقد ذكرنا مسئلة في فصل التقليد والعزل بخلاف هذا انتهى المسئلة المذكورة في فصل التقليد هو انه اذا استقضى الصبي ثم أدرك ليس له أن يقضى بذلك الامر في باب الجمعة من صلاة المتقي رواه ابراهيم عن محمد والعبد اذا استقضى ثم عتق كان له أن يقضى بذلك الامر انتهى واشترط أهلية الشهادة وقت التحكيم والحكم مذكور في النهاية ومراج الداربية أيضاً (قوله ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) أقول في المحيط ويجوز تحكيم المكاتب والصبي المأذون كما يجوز تحكيم الحر انتهى وفي شرح الكافي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرة وقال في النهاية هو من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل هناك انتهى فلا يخافه كما هو ثم قوله تحكيم الكافر من قبيل اضافة المصدر الى المفعول يقال حكمه أى فوض الحكم اليه (قوله فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي الخ) أقول المراد بالكافر ما عدا الذي بقسمة المقابلة

(ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل أن يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما) لاتفاقهما على ذلك (فلا يحكم الا برضاهما جميعا) لان ما كان وجوده من شئين لابد له من وجودهما أو ما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما بل بعدم أحدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج الا باتفاقهما أيضا فان قيل اخرج أحدهما سعى في نقض ماتم من جهته قلنا ماتم الامر وانما التمام بعد الحكم ولا نقض حيث شد فانه لا رجوع لواحد منهما لزوم الحكم بصوره عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم (واذا رفع حكمه الى حاكم فوافق مذهب امضاء لانه) اذا نقضه لم يحكم الا بذلك (لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه) وفائدة ابرامه أنه لو رفع الى حاكم يخالف مذهب لم يتمكن من نقضه ولو لم يرض لتمكن لان امضاء الاول عزله حكم نفسه (وان خالفه أبطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه) (٥٠٠) بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فلانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهب لعموم ولايته فكان

قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز للقاض آخر أن يردّه قال (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص الخ) لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله الى باتفاق الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفائها أو ما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت المشايخ قال شمس الأئمة من أصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وكفى الذخيرة عن صلح الاصل أن التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كافي الاموال وكذا كفى الخصاص أن التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمه ولهاذا لا يمكن الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذ كر دليل

(ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما) لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا (واذا حكم لزمهما) لصور حكمه عن ولاية عليهما (واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهب امضاء) لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه (وان خالفه أبطله) لان حكمه لا يلزم لعدم التحكيم منه (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) لانه لا ولاية لهما على دمه ولهاذا لا يمكن الاباحة فلا يستباح رضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح لانه لا يبقى به وبقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام (قوله ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما) اذ هما المولى له فلهما عزله قبل أن يحكم كما أن السلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم ولو حكم قبل عزله فقد وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا (واذا نقض حكمه لزمهما الصلح) دور حكمه عن ولاية كاملة عليهما) فقط لانه لا يكون دون الصلح وبعده ماتم الصلح ليس لواحد أن يرجع (قوله واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهب امضاء لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه) بعينه (وان خالفه أبطله) وقال مالك وابن أبي ليلى هو كالمقلد لا يبطله الا أن يكون جورا بينا يختلف فيه أهل العلم ونحن فرقنا بأن ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد بخلاف المولى له لانه لا ولاية له على نفسه فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي لانه لم يحكمه ولان نقض دمه اياه بعزله اصطلاحا حهما على شئ في المجتهدات كان للقاضي أن يبطل أو ينقذه فكذا هذا وهذا بين لك أن المراد من قوله وان خالفه أبطله ليس ما يعطيه ظاهره من لزوم ابطال القاضي اياه بل جواز أن يبطله وان ينقذه وعبارة المبسوط بعد أن ذكر الوجه فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي (قوله ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) وهذا احدى الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاص قال شمس الأئمة في شرح أذب الخصاص من أصحابنا من قالوا هذا في الحدود والخالفه حقا لله تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر الناس وأما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما ولكن صاحب الكتاب يريد الخصاص أطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح لان حكم الحكم بعزله الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ولا نهما يندران بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في حقهما أو أي شبهة أعظم من هذا قال المصنف (قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح) وفي

الحدود وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف (قوله وقالوا) أي قال المتأخرون من مشايخنا (وتخصيص القصاص لا يندرى الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات) كالكتاب في جعلها رعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن أصحابنا (وهو صحيح) لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الأئمة الخلو في مسألة حكم المحكم تعلم ولا يبقى بها وكان يقول ظاهر المذهب أنه يجوز الآن الامام الاستاذ بأعلى النسب كان يقول يكتم هذا الفصل ولا يبقى به كي لا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدى الى هدم مذهبنا (قوله وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج الا باتفاقهما) أقول كما يسع فانه لا يفسخ الا باتفاق المتبايعين ففي الجواب كلام قال المصنف (واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهب امضاء) أقول فعلى هذا حكم المحكم يلزم الوقف على مذهبهما في ديوانه عليه الحاكم الختفى بهذا الدليل بعينه اذ الفتوى على قولهما وما يؤخذ على القضاء الحكم بالاصح

وان حكمهم في دم خطا لا ينفذ الا في صورته لانه امان يحكم بالدية على العاقلة أو في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ويخالف لنص حديث حمل بن مالك قوموا فدوه كما سمي في كتاب المعاقلة ان شاء الله تعالى (قوله الا اذا ثبت) استثناء من قوله رده القاضي أي رد قضاءه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله (٥٠١) وأما أروش الجراحات فان كانت

بحيث لا تتعلمها العاقلة وتجب في مال الجاني بأن كانت دون أروش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول أو كان عدا وقضى على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضى الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث تتعلمها العاقلة بأن كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبتت الجناية بالبينه وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها أصلا لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه (قوله ويجوز ان يسمع البينة) يعني أهلها صار حكمهم عليهم ما بتسلطهما جاز ان يسمع البينة (ويقضى بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع واذا أخبر الحكم باقرار أحد الخصمين) بأن يقول لأحدهما اعترف عندي لهذا بكذا (أو بعدالة الشهود) مثل أن يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد ألزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليكم فأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشئ

وان حكمه في دم خطا لا ينفذ الا في صورته لانه امان يحكم بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ويخالف لنص أيضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله (ويجوز أن يسمع البينة) ويقضى بالنكول وكذا بالاقرار) لانه حكم موافق للشرع ولو أخبر باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قاعة

المصلحة قضاء الحكم في الطلاق والعناق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيع والكفارات والقصاص وأروش الجنايات وقطع يد عمدا بينة عادلة جائز اذا وافق رأى القاضي وعن أبي حنيفة لا يجوز في القصاص ونقل الناصح عن أبي بكر الرازي في القصاص ينبغي أن يجوز لان ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع إلى السلطان جاز فكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بني آدم وتوجيه المصنف بأنهم لا ولاية لهم على دمه ولذا لا يمكن الاباحية يعني لو قال لشخص اقتلني لا يصح أمره ولا يحمل لالا خرقله لا يدفعه وهذا لان المقضى عليه هو الاصل في التحكيم والا خر أعني الطالب تبع فكون أحد هما هو الذي تحكيمه ليس الاقوى بذلك أن يستوفيه لاية تقضى صحة التحكيم فيه بل حتى يرضى الا خر ولا خر لا عليك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه وفي الفتاوى الصغرى حكم المحكم في الطلاق المضاف بنفسه ذلك لانه لا يقضى به وفيها روى عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلا فافتاه بطلاق اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وامسالك المرأة الخلو بطلاقها وروى عنهم ما هو أوسع من هذا وهو أنه اذا استفتى أو لا فقيها فافتاه بطلاق اليمين وسعه امسالك المرأة فان تزوج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأته تزوجها فاستفتى فقيها آخر فافتاه ببعث اليمين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى ولا يفتواهما وفي الذخيرة فبين تزوج امرأته بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث القاضي الى شافعي ليحكم بينهما بطلاق ذلك النكاح وبطلاق الثلاث يجوز وكذا لو حكم بذلك حكما يجوز ولا يبقى به لما روي عن مافد منه من خشية تجاسر العوام يعني على هدم المذهب قال وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فبعث الى شافعي ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة يجوز ثم قال المصنف (ولو حكمه في دم خطا يقضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لانه لا ولاية له على العاقلة اذ لم يحكموه وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله) فان القاضي (رده ويقضى) بما هو الحق وهو كونه (على العاقلة لانه يخالف رأيه ولنص) وهو حديث حمل بن مالك (الا اذا ثبت القتل) وهو قتل الخطا (باقراره) فحينئذ يجوز قضاؤه بالدية حينئذ على القاتل لان العواقل لا تعقل القتل الثابت بالاقرار كالاتعقل العمد والصلح على الدية لان اقراره لا ينفذ في حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقصر على نفسه فوجبت الدية في ماله وعلى هذا التفصيل أروش الجراحات ان كانت بحيث لا تتعلمها العاقلة بل تجب في مال الجاني بأن كانت دون أروش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول أو كان عدا وان بلغ خمسمائة فقضى الحكم على الجاني جاز لانه لا يخالف الشرع وان كانت بحيث

أو قامت عليه بينة بشئ لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذ لان الحكم عليك انشاء الحكم عليه بذلك (اذا كانا على تحكيمهما) فبذلك الاخبار كالقاضي المولى اذا قال في قضائه لانه قضيت عليك لهذا باقرارك أو ببينة قامت عندي على ذلك (فانه يصدق في ذلك) (قوله وثبت ذلك بالاقرار والنكول) أقول فيه انه اذا ثبت بالبينه يكون في مال الجاني أيضا فلا وجه للتفديد بالاقرار والنكول (قوله وقد ألزمتك ذلك الخ) أقول انشاء الزام والحكم أيضا

ولا يلتفت الى انكار المقتضى عليه فكذا ههنا (وان أخبر بالحكم مثل أن يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا (لم يصدق) لانه اذا حكم صار عزولا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالفاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا (وحكم الحاكم لا يوبى به وولده وزوجته باطل) لان أهلية الشهادة شرط (٥٠٣) للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم (ولا فرق في ذلك بين المولى

والحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حاكم رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج الى الرأي) ولو حكم أحدهما لا يجوز لانهم انما رضيا برأيهما ورأى الواحد ليس كراى المتنبي ولا يصح ان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكم حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهم ما بعد القيام انعزلا فصارا كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باسراء

مسائل شتى من كتاب القضاء

مسائل شتى أى متفرقة من شئت تشتبها اذا فرق ذكر فى آخر كتاب أدب القاضى مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا فى آخر الكتاب مسائل تتعلق بمقابلتها استدراكا لمافات من الكتاب ويرجونه بمسائل شتى أو منشورة أو متفرقة قبل وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها الى آخر كتاب القضاء ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر

بعدها القضاء بالمواريث والرحم وأنه لجدير بالتأخير لا محالة (واذا كان علول رجل وسفل لا خرفليس لصاحب السفل عند أن يتدفيه وتداولاً لا يتقب فيه كوة

ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لان قضاء الولاية كقول المولى بعد العزل (وحكم الحاكم لا يوبى به وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء) وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لان قضاء التهمة فكذلك القضاء ولو حكم رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى رأى والله أعلم بالصواب

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال (واذا كان علول رجل وسفل لا خرفليس لصاحب السفل أن يتدفيه وتداولاً لا يتقب فيه كوة تحمى بالعاقلة لا يجوز قضائهم أصلاً لانه ان قضى على الجاني خالف الشرع وعلى العاقلة لا يجوز لانهم لم يحكموه (قوله ولو أخبر) يعنى المحكم لو قال لاحدهما أقررت عندى أو قامت عندى بينة عليك بهذا فعندى وقد أزمك ذلك وحكمت به هذا انكار المقتضى عليه أن يكون أقر أو أقام البينة لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه مادام المجلس باقياً لان الحكم مادام تحكيمهما قائماً كالفاضي المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقتضى عليه فكذلك الحكم الا ان يخرج به المخاطب عن الحكم ويعزله قبل أن يقول حكمت عليه ثم قال المحكم ذلك أو قاله بعد ان قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالفاضي اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا (قوله وحكم الحاكم) سواء كان فاضياً ومحكماً (لا يوبى به وولده وزوجته) وكل من لا تقبل شهادته له (باطل لمكان التهمة) بخلاف ما اذا حكم عليهم بجوز لا تتقاهما (قوله ولو حكم رجلين لا بد من اجتماعهما لان الحكم امر يحتاج فيه الى رأى) وانما رضى الخصمان برأيهما فلا ينفرد أحدهما ثم لا يصدق الحكمان في اخبارهما عن الحكم اذا قاما لما ذكرنا من انعزالهما فالتحقبا سائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باسراء حتى يشهد على ذلك غيرهما ولو شهد عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان أو غابا فسأل المدعى الحكمين أن يشهدا له على شهادتهما لم يجوز لانهم ما جلاهما فلا يجوز أن يشهدا على شهادتهما واذا عرف أن أحد الحكمين لا ينفرد فلو حكم عبد أو حر لم يجوز ولو حكم مسلم ومشرى فلا يحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق به الحرب لم يجوز حكمه عليهما ولو أمر الامام رجلان أن يحكم بين الناس وهو ممن تجوز شهادته جازو يصير كالفاضي ولو أمر القاضى رجلاً لم يجوز الا بأذن الامام الا أن يجيزه بعد الحكم أو يترضى به الرجلان بعد الحكم ولو حكم رجلان فخرج القاضى من الحكومة فحكم بعده بينهما فأجازاه جاز وليس للحكم أن يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثانى بلا رضاهما فأجاز القاضى لم يجوز الا أن يجيزاه بعد الحكم وقبل ينبغي أن يكون كالوكيل الاول اذا أجاز فعلى الوكيل الثانى ولو حكم واحد افحكم لاحدهما ثم حكما آخر فيحكم الاول ان كان جائزاً عنده وان كان جوراً أبطله وكتاب الحكم الى القاضى وقبله لا يجوز فان كتب اليه فاض فرضى به الخصمان حكم حينئذ يعقضى الكتاب

مسائل منشورة من كتاب القضاء

(قوله واذا كان علول رجل وسفل لا خرفليس لصاحب السفل أن يتدفيه وتداولاً لا يتقب فيه كوة

مسائل شتى من كتاب القاضى

(قوله مسائل شتى أى متفرقة من شئت تشتبها) أقول بل من شئت يشتبها وشئت لا وشئت اذا فرق واقترق

بغير رضا صاحب العلو) وليس لصاحب العلو أن يبني على علوه ولا أن يضع عليه جذعا لم يكن له ولا يحدث كثرة الإبرضا صاحب السفلى  
(عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالوا لكل واحد منهما أن يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله (بعضي أن أباح حنيفة إنما  
منع عما منع إذا كان مضرا وأما إذا لم يكن مضرا فلا يمنع كما هو قوله ما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يضر به الآخر  
فصل الجعاع عليه لأن التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر (٥٠٣) أصاحبه (وقيل) ليس ذلك بتفسيره

وإنما (الأصل عندهما  
الإباحة لأنه تصرف في  
ملكه والمالك يقتضي  
الاطلاق) فلا يمنع عنه إلا  
بعارض الضرر فإذا لم يكن  
ضرر لم يمنع بالاق (تفاوت) إنما  
تظهر ثمة الخلاف (إذا  
أشك) فعندهما (لم يجوز المنع)  
لأن الإطلاق بينهما  
واليقين لا يزول بالشك  
(والأصل عنده الحظر لأنه  
تصرف في محل تعلق به  
حق محترم للغير) وهو  
صاحب العلو لأن قراره  
عليه ولهذا يمنع من الهدم  
اتفاقا وتعلق حق الغير بملكه  
يمنع المالك من التصرف  
كما يمنع حق المرحم من  
والمستأجر المالك عن  
التصرف في المهرهون  
والمستأجر (والاطلاق  
بعارض) وهو الرضا به دون  
عدم الضرر فتأمل (فإذا أشك  
لا يزال المنع) لما ذكرنا  
(قوله على أنه لا يعرى عن  
فوق ضرر بالعلو من توهين  
بناء أو نقضه فيمنع عنه)  
استظهار على المنع لفائدة  
ما قبله ذلك

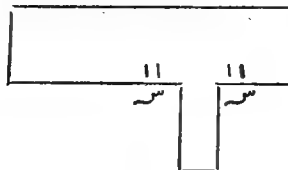
عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقال يصنع ما لا يضر بالعلو) وعلى هذا  
الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه قبل ما حكى عنهم اتفقوا بقول أبي حنيفة رحمه الله فلا  
خلاف وقيل الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه والمالك يقتضي الإطلاق والحكمة بعارض  
الضرر فإذا أشك لم يجوز المنع والأصل عنده الحظر لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق  
المرتمن والمستأجر والاطلاق بعارض فإذا أشك لا يزال المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من  
توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه

عند أبي حنيفة رضي الله عنه أي بغير رضا صاحب العلو) وكذا ليس له أن يدخل فيه جذعا والاتفاق  
على أن ليس له أن يهدم سدة له لما فيه من إبطال حق صاحب العلو في سكناء العلو (وقال يصنع ما لا يضر  
بالعلو وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه) أو يضع عليه جذعا أو يشرع كيفية  
والكوة بفتح الكاف ويقال وتد وتد يتقدم من باب ضربه (قيل ما حكى عنهم اتفقوا بقول أبي حنيفة)  
لأنه إنما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا مالا يضره فيه (فلا خلاف) بينهم (وقيل) بل بينهما خلاف وهو في  
محل وقوع الشك فالاشك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقا وما فيه ضرر ظاهر كفتح  
الباب ينبغي أن يمنع اتفاقا وما يشك في الضرر به كدق الوتد في الجدار والسقف فعندهما لا يمنع لأن  
(الأصل) فيه (الإباحة لأنه تصرف في ملكه والحظر بعارض الضرر فإذا أشك لم يجوز المنع) لأن اليقين  
لا يزال بالشك كإلزام نصاب نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كان نصيبه لا يجوز وللشريك حق فسحه  
(وعنده الأصل الحظر لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير) ولهذا يمنع من هدمه اتفاقا وتعلق  
حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمهرهون والمستأجر تعلق به حق المرحم فنعى الرهن من التصرف فيه  
وذكر شيخ الإسلام عن بعضهم أن على قول أبي حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وإن لم يضر  
بالسفل رواية واحدة وقال شيخ الإسلام أيضا إذا أشك تصرف صاحب العلو هل يضر بالسفل أولا  
لا يملكه بالاتفاق وقال الصدر الشهيد المختار أنه إذا أشك لا يملكه وإذا لم يضر يملكه وذكر قاضيان لو  
حفر صاحب السفلى في ساحة بئر أو ما أشبه ذلك عند أبي حنيفة له ذلك وإن تضرر به صاحب العلو  
وعندهما الحكم مع الأول بعلة الضرر وعلمت أن ليس لأصاحب السفلى هدمه فلو هدمه يجبر على  
بنائه لأنه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو كالرهن إذا قتل المهرهون والمولى إذا قتل عبده  
المديون وهذا الأصل كلى كل من أجبر على أن يفعل مع شر بكمه فإذا فعل أحدهما بغير أمر شر بكمه فهو  
متطوع لأنه طر يق وهو المطالبة بالمشاورة في الفعل كنه بينهما امتنع أحدهما عن كرهه وكري  
الآخر أو سفينة تخوف الغرق أو بيت أو دار أو حمام أو طاحونة فأصلحه أحدهما أو عبدا مشتركا جنى  
فقداهما فهو متطوع لأن الآخر يجبر وإن كان لا يجبر لم يكن متطوعا كونه لول جرح وسفل لا آخر  
وسقط السفل فبناء الآخر لا يكون متطوعا لأنه لا يجبر صاحب السفلى على بنائه فكان في بنائه إياه مضطرا

(قوله وإنما تظهر ثمة الخلاف) أقول فيه بحث (قوله إذا أشك) أقول كهذه الأشياء المذكورة (قوله وهو الرضا به دون الضرر)  
أقول وفيه بحث يظهر من لائحة السياق ألا يرى أن المراد إشكال الضرر وعدمه قال الزيلعي وهو عدم الضرر بيقين انتهى الباء  
متعلق بالعدم لا بالضرر (قوله فتأمل) أقول كتب في هامش الكتاب نقلا عن خط الشارح ما هو صورته أمر بالتأمل تنبيه على  
أن العدم أمر لا يثبت له ليعرض ولو عرض لزم أن يكون الضرر قبله موجودا وعرض العدم وليس كذلك انتهى وأقول يجوز أن يكون  
اطلاق العارض عليه من باب المشاكلة

قال (واذا كانت رائحة مستطيلة تنشعب منها رائحة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الرائحة الاولى أن يفتحوا بابا في الرائحة القصوى) لأن فكه للروور ولاحق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما يسبق فيها حق الشفعة

ليصل الى حقه واذا نادى وبني عليه علوه له منع صاحب السفلى من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته واختلف في ان القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا في الدار والمبيت والطاحونة والجسام ما ذكرنا اذا كان يمكنه قسمة الساحة ليعين في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارة قال وذ كر الخصاص أنه يرجع عما أتفق وهذا عندى في غاية الحسن اذا كان بقضاهو يجب أن لا يضمن لوعلا بناء السفلى على قدر ما كان عليه ذلك القدر أما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك فيها بعد القسمة فانه اذا بنى لا يكون متطوعا وكذا اذا انهدم بعضه لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنائه فلا يكون متطوعا وفي فتاوى النسفي دار الجار بن سطح احدهما أعلى ومسيل ماء العلى على الاخرى فأراد صاحب السفلى أن يرفع سطحه أو يبني عليه له ذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسديل مائه الى طرف الميزاب واذا انهدم السفلى أو هدمه المالك ليس للآخر أن يكافه العمارة لاجل اسالة الماء لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى فرق بين حق التعلو وبين حق التسديل حيث لو هدم في الاول يجبر على البناء ولو هدم في الثاني لا يجبر وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبني أحدهما للباقي أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا وفي الافضية حائط مشترك أراد أحدهما انقضه وأبى الشريك ان كان يحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وان كان بحيث يخاف عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل يجبر وان هدمه وأراد أحدهما أن يبني وأبى الآخر ان كان أس الحائط عريضا يمكنه أن يبني حائطاً في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك وان كان لا يمكن يجبر كذا عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى وتفسير الجرائد انه ان لم يوافق الشريك وأنفق على العمارة يرجع على الشريك بنصف ما أنفق ان كان الحائط لا يقبل القسمة وفي شهادات فتاوى الفضلى لو هدمه وامتنع أحدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به مالم يستوف نصف ما أنفق فيه ان فعل ذلك بقضاء القاضي وان كان بلا قضاء بنصف قيمة البناء انتهى فلو حل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما اذا كان بلا قضاء وقول الخصاص مع قول ابن الفضل عما أنفق على ما اذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهري فليكن هو الحمل وهذا لانه لا كان مضطرا في البناء كان له نصيبين ماضرف لذلك غير أنه ليس مضطرا في ترك مراجعة من له الولاية على الشريك وهو القاضي فيرجع بالقيمة ولو كان الحائط صحيحا هدم أحدهما باذن الشريك لا شك انه يجبر الهادم على البناء ان أراد الآخر كالهدمه وان هدمه بغير اذن الشريك وفي كتاب الخيطان رجل أراد أن يهدم داره ولاهل السكة ضرر لانه يغرب السكة المختار انه يمنع فلو هدم مع هذا وانه يضر بالجيران ان كان قادر على البناء يجبر على البناء قيل والاصح أنه لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانه هدم دار جاره لا يضمن (قوله وان كانت رائحة مستطيلة تنشعب منها رائحة أخرى مستطيلة وهي غير نافذة) يعنى المنشعبة (فليس ا) أحدا من (أهل الرائحة الاولى) اذا كان له جدار في الرائحة المنشعبة ان يفتح في جداره ذلك بابا في الرائحة المنشعبة وهذه صورتها



قال (واذا كانت رائحة مستطيلة الخ) سكة طويلة غير نافذة تنشعب عن يمينها أو يسارها مثلها على هذه الصورة



ليس لاهل الرائحة الاولى أن يفتحوا بابا في الرائحة القصوى لان فتح الباب للروور ولاحق لهم في المرور لان المرور فيها لاهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد أن يفتح بابا بغير اذنتهم فكذا هذا ألا ترى أنه لو بيعت دار في تلك السكة القصوى ليس لاهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة

بـخـلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لان فتح الباب لان الفتح رفع بعض جداره وله أن يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه أولى ولهذا لو فتح كوة أو بابا بالاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح (٥٠٥) أنه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور

لا يمكنه المنع من المرور كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على أن الزائفة الاولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام الترمذى والفقهاء أبو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الإشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز أن يكون حالا من الزائعتين جميعا لان الإشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى قل أرايتم ان أخذ الله سمعكم وأبصاركم وختم على قلوبكم من الله غير الله بأنكم به أى بذلك على أحد الوجهين وأن كانت الزائفة القصوى مستديرة قدر لق طرفاها يعنى سكة فيها اعوجاج حتى يبلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم أن يفتح بابه في أى موضع شاء لانها سكة واحدة اذهى ساحة مشتركة

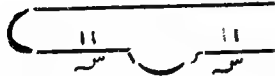
بـخـلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لان فتح الباب لانه رفع بعض جداره والاصح أن المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عما يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب (وان كانت مستديرة قدر لق طرفاها فلهما أن يفتحوا) بابا لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذهى ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها

والذى يمكنه أن يفتح بابا في الزائفة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائفة الثانية وانما قلنا ليس له ذلك لان فتحه للورور ولا حق لاهل الزائفة الاولى في المرور في الزائفة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بخلاف اهل القصوى فان لاحدهم أن يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها و (بخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة) ولا خلاف ان له أن يفتح قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع بعض جداره وله أن يرفعه كله فكذلك له أن يرفع بعضه والاصح أن يمنع من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن اذا لم يكن مرافقه ليل او نهارا في الخروج فيخرج ولانه عما يدعى بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا في المرور ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون تركيب الباب مع هذا نفسه دعوى حق المرور ويكون القول قوله للظاهر الذي معه وهو فتح الباب (ولو كانت) المنشعبة (مستديرة فلهما أن يفتحوا لان لكل منهم حق المرور في كلها اذهى ساحة مشتركة) غاية الامر أن فيها اعوجاجا ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها) وهذه صورتها



وفي الحيطان زقاق غير نافذ أراد انسان يعنى من أهله أن يتخذ مذبيحا ان ترك من الطريق قدر الممر للناس ويرفعه سريعا ويرفعه في الايام مرة لا يمنع منه وكذا لو أراد أن يبنى آريا أو دكانا وهو الذي نسميه في عرفنا مصطبة ولو استأذن رجلا في وضع جذوع على حائطه أو حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الاذن داره للشترى أن يأخذ به رفعها الا اذا شرط بقاءها عند البيع وكذا لو كان نصب أعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابل لبابه ونصب عليها وعلى وجه داره سقيفة للشترى أن يطالبه بازائها الا اذا شرطها ولو أن لرجل حائط ووجهه في دار رجل فأراد أن يطين حائطه ولا يبذل اليه الا بدخول دار الرجل أو انهدم الحائط فوق نقضه في داره فأراد أن يدخل لبيل الطين وغيره فنفعه صاحب الدار وله مجرى ماء في داره فأراد حفره واصلاحه ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو يمنع يقال له اما أن تتركه يدخل ويصلح ويفعل بما له أو تفعل بما لك كذا روى عن محمد بن أبيه أخذ الفقيه أبو الليث وفي وقف النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة فيها وأن يضعوا الخشب على وجهه لا يضرب صاحبه وان يتوضؤوا بحيث لا تضيق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب بها أحد لا يضمن ولو حفر الأرض يؤمر أن يسويها فان نقص الحفر يضمن النقصان وكذا لو كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ فغير أن في الطريق لا يضمن نقصان

(٦٤ - فتح القدير خامس) لكل واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها بهذه الصورة



(قوله فيجوز أن يكون حالا) أقول الجواز لا يستلزم الدلالة في اتصال الاستثناء تأمل (قوله لان الإشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيحة) أقول يعنى أن الإشارة بلفظ ذلك الى المثنى والجمع صحيحة بتأويل ما ذكر

الحفر وفي أول قسمة الأصل قبيل باب قسمة الدار رجل أصاب ساحة في القسمة فأراد أن يبنها ويرفع  
بناها وأراد ألاّ خرمنعه وقال تسد على الريح والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيها جاماً أو تنورا  
وأن كف عما يؤذى جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البناء في علوبائه باباً أو كوة لم يكن  
لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة أن يبنى في ملكه ما يسترهم به ولو اتخذ بئراً في ملكه  
أو كراً باباً أو بالوعة فنزمتها حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فان سقط الحائط من ذلك  
لا يضمن هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكي عن أبي حنيفة أن رجلاً شكك اليه من  
بئر حفرها جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فسحبت البئر فكسبها صاحبها  
ولم يفتنه بمنع الحافر بل هداه إلى هذه الحيلة وبذلك كان يفتي الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني وفي  
مضاربة النوازل لو اتخذ داره حظيرة للغنم والخيران يتأذون من تنن السرقين ولا يأمنون على الرعاة ليس  
لهم في الحكم منعه وبه قال الشافعي وأحمد ولو حفر في داره بئراً فنزمتها حائط جاره ليس له منعه قال في  
فصول العمادى نقل عن الذخيرة بعد أن نقل عن نصير بن يحيى أن للقاضي منع الجار من ذلك وذكر  
غيره تمسكهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه ان ظاهر الرواية لان صاحب البناء  
كان ينتفع به وملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة اذا سد الهواء بالبناء فانتفع به  
عن الانتفاع بملكه ولم ينف عليه ملكه ولا منفعة فصار كمالو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فأراد  
قطعها لا يمنع من ذلك وان تضر به الجار بمنعه من ذلك الانتفاع وتصور هذه المسئلة رواية في مسئلة  
لارواية لها في الكتب وصورتها بالفارسية في الذخيرة وغيرها وحاصلها بالعرية بيتان لرجلين لكل  
منهما سقف واحد فأراد أحدهما أن يرفع البناء ويحججه له ذاسقفين قال في الفتاوى الصغرى ان كان في  
القديم بسقف واحد لا آخر ان ينعى وان كانا بسقفين فليس له منعه قال وحده القديم أن لا تحفظ أقرانه  
وراء هذا الوقت كيف كان قال في الخلاصة فلما قام أحدهما البيته على انه قديم والآخر على انه محدث  
فبيته القديم أولى قال ولا تقبل شهادة أهل السكة في هذا قال في الذخيرة ينبغي أن لا يكون له المنع على  
قياس هذه المسئلة لان صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذاسقفين وينعته من الانتفاع به وملك نفسه  
انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق ان في هذه المسئلة وهي مسئلة البيتين يريد أن ينعته من الضوء والضوء  
من الحوائج الاصلية وفي مسئلة الأصل ينعته عن الشمس والريح وذامن الحوائج الزائدة انتهى وأما  
قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فلا شك انه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع كبير من الضرر  
كالتعازير والمحدود ونحوه وان طبع ينتشر به دخان قد يجبس في خصوص أما كن فيتضرر به  
جيران لا يطبخون لفسقهم وحاجتهم خصوصاً اذا كان فيهم مريض يتضرر به وكأثر بئرك من  
التضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد أن يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدى الى هدم  
بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش وفي الذخيرة حكى عن بعض مشايخنا رجلاً سمى الله أن الدار  
اذا كانت مجاورة لدار فأراد صاحب الدار أن يبنى فيها تنورا للخبز الدائم أو رحي للطحن أو مدقة للقصارين  
يمنع منه لانه يتضرر به جيرانه ضرراً فاحشاً قبل وأجعه وأعلى منع الدق الذي يهدم الحيطان ويوهنها  
ودوران الرحي من ذلك والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بداله  
مطلقاً لانه يتصرف في خالص ملكه وان كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى  
ضرره الى غيره ضرراً فاحشاً كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكره الصدر الشهيد وهو ما يكون سبب الهدم  
وما يوهن البناء سببه أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع من الحوائج الاصلية كسد الضوء  
بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختار الفتوى عليه وأما التوسع الى منع كل ضرر متافسـد  
باب الانتفاع بملك الانسان كما ذكرنا قريبا ومنه ما ذكرنا البيت في قسماؤه بحجرة وسطها وسطح جاره

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده الخ) دار يد رجل ادعى عليه آخر أنه فيها حق وأنكر ذواليد ثم صالح منها جاز الصلح وهي مسألة الصلح على الانكار وسأقي الكلام فيه في الصلح أن شاء الله تعالى فإن قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقدره شرط صحة الدعوى ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شبه المصحح دعواه أجاب بأن المدعى وإن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تنفي إلى المنازعة والمنازع منها ما أفضى إليها ولقائل أن يقول جهالة المدعى إما أن تكون مانعة صحة الدعوى أو لا فإن كان الثاني صح (٥٠٧) دعوى من ادعى على إنسان شيئاً

لكنهم لم تصح ذكره في النهاية تأقلاً عن الفوائد الظهيرة وإن كان الأول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحح والجواب باختيار الشق الأول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لأن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لأنه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب أن الحاكم يقول للمدعى دعواك فاسد لا تقرب عليها شيء ويمكنه إزالة الفساد بأعلام مقداره مما يدعى فلا يكون رده مفيداً قال (ومن ادعى داراً في يد رجل الخ) إذا ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له منذ شهرين مثلاً وسلمها إليه وانما ملكه بطريق الهبة والتسليم ويحسد دعواه ذواليد فستل البينة فقال لي بيينة تشهد على الشراء لاني طلبت منه فبعدني الهبة فاضطرت إلى شرائها منه فاشترتها منه وأشهدت عليه

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الانكار) وسند كرها في الصلح أن شاء الله تعالى والمدعى وإن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط فلا تنفي إلى المنازعة على ما مر قال (ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا فستل البينة فقال لي في الهبة فاشترتها منه

متساويان فأخذ جاره حتى يتخذ حائطاً بينهما وبين جاره ليس له ذلك فلأراد أن يمنع من الصعود حتى يتخذ سترة أن كان إذا صعد يقع بصره في دار جاره لم يمنع وإن كان لا يقع لكن يقع إذا كانوا على السطح ليس له المنع قال في فصول العمداد وعلى قياس المسئلة المتقدمة وهي أن لا يمنع صاحب الساحة من أن يفتح صاحب العلو كوة ينبغي أن يقال في هذه ليس الجار حق المنع من الصعود وإن كان بصره يقع في دار جاره ألا ترى أن محمد راجعه الله لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب البناء عن فتح الكوة في عائلته مع أن بصره يقع في الساحة والمراد من قوله يأخذ جاره بيناء السترة أن يشاركه في بنائها لأن يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان دارين رجلين قسمهاها وقال أحدهما بنيت جداراً بينهما ليس على الآخر أجابته وإن كان أحدهما يؤذى الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضي أن يأمرهما ببنائه يتخارجان نفقته بقدر حصه كل منهما فيفعله القاضي للصحة وتطيرها في فناوى أبي الليث رجل في داره شجرة فصراداً فارتقاها يطلع على عورات الجار يمنعه القاضي منه إذا رآه قال في الفخيرة وعلى قياس مسألة فتح الكوة ليس للجار ولا به المرافعة ولا للقاضي المنع انتهى ولقد أحسن الصدر الشهيد في واقعاته حيث قال المختار أن المرتضى يجبرهم وقت الارتقاء مرة أو مرتين حتى يستر وأنفسهم لأن هذا جاعل بين الحقين (قوله ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الانكار وسند كرها في الصلح أن شاء الله تعالى) ونقل في النهاية عن بعضهم أنه أراد بالدعوى مقداراً معيناً كالثلث ونحوه لتصح الدعوى فإنها لا تصح مع جهالة المدعى به ونقل عن والظهير الذين أنه كان يقول الصلح عن الدعوى انما يصح إذا كانت صحيحة لأن الصلح انما يصح لاقتداء العيين واليمين انما تتوجه إذا صحت الدعوى قال وهو هذا يشكل على قول أبي حنيفة فإنه لو ادعى رجل على امرأته كذا حاقصاً لحسنه على مال دفعته إليه صح مع أن اليمين لا تتم في النكاح عنده فالحق أن الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى أو لم تصح ولذلك قال المصنف (والمدعى وإن كان مجهولاً فالصلح على مجهول على معلوم جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط فلا تنفي إلى المنازعة) يعني وهو المانع (قوله ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا فستل البينة فقال لي منذ شهر وسلمها إلى فلكتما وهي الآن في يده وأطالبه بدفعها إلى فطالبه القاضي بالبيان فقال ليس لي بيينة على الهبة بل على الشراء لأنه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فحبسها عني فاشترتها منه

(قوله فإن قيل كيف يصح الصلح الخ) أقول الانسب أن يقرر السؤال الأول هكذا كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى جهالة مقدره لسائر العقود فيفسد الصلح أيضاً ويوجب بأن المفسدة هي الجهالة المفضية إلى النزاع وهذه ليست كذلك لأنها جهالة في الساقط وأما على تقريره فلا يرتبط الجواب الأول بل الجواب حينئذ هو ما أجيب به عن السؤال الثاني كما يظهر بالنأمل الصادق (قوله لجهالة المدعى) أقول فلا تصح الدعوى فلا يتوجه العيين على المدعى عليه حتى يقتدى بالصلح على ما سيجيء (قوله لأنه لقطع الشغب) أقول ولا يلزم أن يكون لاقتداء العيين على ما كتبنا من النهاية ومعراج الدراية في الهامش

وأقام البينة على الشراء فان شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض من وجهين أحدهما من حيث ان المدعى ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال جحدى الهبة فاشترى بتمامه والفاء للعقيب والشهود شهدوا بشراء قبلها فكانت الشهادة مخالفة للدعوى والثاني من حيث الدعوى نفسها ان ثبت موجب الشهادة فهو تقدم وقت الشراء على وقت الهبة لانه حينئذ يكون قائلا وهب لي هذه الدار وكانت ملكا لي بالشراء قبل الهبة فكيف ثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء وان شهدوا بالشراء بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة قبلت ( ٥٠٨ ) شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون به قبله أى قبل عقد

وأقام المدعى البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل بينته ( لظهور التناقض اذ هو يدعى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعد هبات قبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدى الهبة فاشترى بتمامه لم يقبل أيضا كره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعدت مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها ( ومن قال لا آخر اشترى منى هذه الحارة فأنكر الاخر ان أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يظاهرها لان المشتري لما جحد كان فسحان من جهته اذ الفسخ ثبت به كما اذا تجاحدا

وأقام بينة فشهدوا وأرخوا وقتا قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة ( لا تقبل لظهور التناقض ) بين الدعوى والبينة لان الدعوى ان الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بانه قبل الهبة وبين نفس اجزاء الدعوى لانه بمقتضى البينة وقوله كما أنه قال وهب لي هذا الشيء وكان ملكي بالشراء قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان مناقضا ( ولو شهدوا به بعد هبات قبل لوضوح التوفيق ) الذي وفقه ( ولو ادعى الهبة ) يعني وأرخ فطوبى بالبينة ( فقامت على الشراء قبله ولم يقل جحدى الهبة فاشترى بتمامه ) توفيقا ( لم تقبل أيضا كره في بعض النسخ ) كما أنه يريد نسخ الاصل ( لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعدت مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملك الواهب عندها ) أى عند الهبة ولو لم يؤرخ الشراء تقبل البينة كما لو ذكر تاريخا بعد الهبة لا مكان الحمل على ما ينبغي به التناقض وهذا على احدى الروايتين في تصحيح الدعوى اذا أمكن التوفيق وان لم يوفق المدعى وشاهده ما ذكر في رجل ادعى دارا في يد رجل انهما داره اشتراها من أبيه في صحته وهو ينكر وأقام المدعى على ذلك بينة ولم ترك أولم تقم بينة وحلف المدعى عليه ثم أقام بينة انهما داره ورثها من أبيه قبل القاضي بينته ولا يكون دعواه الارث تنافضا ولو ادعى الارث من الاب أو الأم ثم ادعى الشراء منه بعد ذلك وأقام عليه بينة لا يقضى له بالدار لا مكان التوفيق في الاول بخلاف الثاني قال شيخ الاسلام اذا أمكن التوفيق تصح الدعوى وان لم يدع المدعى التوفيق وفي دعوى المبسوط اشارة الى انه لا تقبل بينة الا أن يوفق المدعى فكان التوفيق من المدعى شرط في رواية وليس شرط في أخرى وفي المحيط قيل ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعى قياس وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان فان قيل ينبغي أن لا تقبل هذه البينة لانه يدعى شراء ما ملكه بالهبة والتسليم أجيب بأن سائر العقود تنسخ بالتجاحد الا النكاح وهذا كذلك فان الفسخ يتحقق من جهة الواهب فيجحد به وحين أقدم الآخر على الشراء منه فقد رضى بذلك فانقضت الهبة بتراضيهما فاذا اشترى هو ذلك فقد اشترى ما لا يملكه ( قوله ومن قال لا آخر اشترى منى هذه الحارة فأنكر ان أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يظاهرها ) وجهين أحدهما ( أن المشتري لما جحد كان فسحان من جهته اذ الفسخ ثبت بالجحد كما اذا تجاحدا )

الهبة أو وقتا وفي بعضها قبلها أى قبل الهبة وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعى ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة أو وقتها ولم يقل جحدى الهبة فاشترى بتمامه منه لم تقبل أيضا لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع عنه فعدت مناقضا وأما اذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لانه يقرر ملك الواهب عندها فليس بمناقض قيل ينبغي أن لا تقبل في هذه الصورة أيضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة وأجيب بأنه لما جحد الهبة فقد فسحها من الاصل وتوقف الفسخ في حق المدعى على رضاه فاذا أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ فيما بينهما فانقضت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا قال ( ومن قال لا آخر اشترى منى هذه الحارة فأنكر ان أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يظاهرها ) وجهين أحدهما ( أن المشتري لما جحد كان فسحان من جهته اذ الفسخ ثبت بالجحد كما اذا تجاحدا )

منى هذه الحارة فأنكر ان أجمع على ترك الخصومة أى عزم بقلبه وقيل أن يشهد به لانه على العزم بالقلب معا أن لا يجازم معه وسعه أى حل له أن يظاهرها لان المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسحان من جهته اذ الفسخ ثبت به لان الجحد انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فيتلاقيان بقاء فجاز ان يقوم أحدهما مقام الآخر كما لو تجاحدا فانه يجعل فسحا لا محالة ( قوله ان ثبت موجب الشهادة ) أقول وجعلناه مدعىا على وفقها قال المصنف ( بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة ) أقول المراد هو الدعاء الثابت بموجب الشهادة تأمل

فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين قيل لو جاز قيام الجود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لا مرة أحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة أن تزوج بزوجة أخرى إقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس له ذلك وأجيب بأن الشيء يقوم مقام غيره إذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد الزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فإن قيل مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فإن العقد لا يفسخ بمجرد عزمه تنزل المصنف في الجواب فقال وبمجرد العزم إن كان لا يثبت به الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو امسالك الجارية ونقلها من موضع الخصومة إلى بيته وما يضاهايه كالاستخدام لأن ذلك لا يحل بدون الفسخ فتحقق الانقضاء لوجود الفسخ منه دالة وبه يندفع ما قال زفرانه لا يحل له وطؤها لأن البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم يبعها أو يتقاول ولم يوجد ذلك لأن التقابل موجود دالة (قوله ولأنه) دليل آخر فإن المشتري لما جدد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر رضا البائع وقواته وجب الفسخ لقوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مر والفرق بين الدليلين أن الانقضاء كان في الأول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل (٥٠٩) جوده فسخا من جانبه والعزم

على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني يرتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم الخ) ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا أو ثمن سلعة له عنده أو غير ذلك ثم قال انه زوف صدق سواء كان مقصولا أو موصولا دل على ذلك دالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد والحكم فيهما سواء ووجه ذلك أن الزوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة بدليل أنه لو تجاوز به فيما لا يجوز الاستدلال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجويز

فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم إن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امسالك الجارية ونقلها وما يضاهايه ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضا البائع فيستبد بفسخه قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زوف صدق) وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض أيضا

معاجبت بنفسه قطعاً (فإن عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ) وأورد عليه أن مجرد العزم لا يحصل به الفسخ ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا يفسخ الجواب بأن المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من امساكها أو نقلها إلى بيته فإن امساكها لا يحل بل الفسخ فكان الفسخ ثابتاً به دالة كمن قال لا أخرك في هذه الدابة يوماً بكذا التمر كها إلى مكان كذا فأخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولا دالة لأن الأخذ والاستعمال لا يحل إلا قبول وفي المحيط نفس العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكفي بمجرد النية وبني في القوائد الظهيرية عليه فراجع في الجامع اشترى عبداً ثم باعه من آخر فجدد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الأول إلى القاضي ولا يثبت له فعزم المشتري الأول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الأول وأراد رده فاحتج البائع الأول عليه بدعواه البيع على الثاني فإن كان عزم المشتري على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني يرد أو قبله فلا لأنه غير مضطر في فسخ البيع الثاني وهذا بخلاف ما لو جدد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب الوجه الثاني التزام أن الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضا البائع فيستبد بفسخه لقوات شرط البيع وهو التراضي وسند كرتنظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريباً (قوله ومن أقر) هنامسائل الاقرار بالقبض ومسائل الاقرار بالدين أمامسائل القبض ما إذا أقر (انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو أيضاً القبض) يعني أقرانه قبض من مدينونه بدین قرض

استبد الا وهو فيها لا يجوز كما تقدم فإن قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجهاد جلاله على ماله حق قبضه لا ماله ليس له ذلك ولو أقر بقبض حقه ثم ادعى أنه زوف لم يسمع منه فكذا هذا إذا جاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجهاد وهو منع للآزمة وقوله جلاله على ماله حق قبضه مسلم والزوف له حق قبضه لأنه دون حقه وإنما المنوع من القبض ما يز يدعى حقه وإذا لم يكن القبض مختصاً بالجهاد فالقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجهاد فبدعواه الزوف لم يكن متناقضاً بل هو منكر قبض حقه والقول قول المتكر باليمين والنهر جة كلز يوف لكونهما من جنس الدراهم لما تقدم

(قوله تنزل المصنف في الجواب الخ) أقول في العبارة تسامح (قوله لأن ذلك لا يحل بدون الفسخ) أقول فيه شيء حيث يفهم منه أن يتقدم الفسخ على النقل وما يضاهايه والمفهوم من السياق هو التأخر وتوجيه غير خفي (قوله لقوات ركن البيع) أقول فيه بحث لأن الرضا شرط الآن يجعله ركناً مجازاً (قوله أو ثمن سلعة) أقول فيه بحث (قوله ثم قال انه زوف) أقول أي المقبوض زوف (قوله دل على ذلك الخ) أقول أي على استوائهما فإنه إذا صدق في قوله مقصود لا على ما يدل عليه ثم يعلم تصديقه موصولاً بالطريق الأولى

وعلم من هذا أنه لو أقر بالحياد وهو حقه أو بحقه أو بالثمن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زبواً ونهر حقه لم يصدق لأقراره بقبض الحياد من يحاقب الأول ودلالة في الباقي لأن حقه في الحياد والثن حياد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزبوف متناقضاً ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره فإن القول بقول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول بقوله فكان من القميل الثاني أعني المقر بقبض الحق فلا رد نقضاً على القميل الأول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فإنه إذا أقر أنه قبض الدراهم بالحياد ثم ادعى أنها زبوف فإنه لا يصدق لا مفصولاً ولا موصولاً وبما بقي لا يصدق مفصولاً ولكن يصدق موصولاً والفرق هو أن في قوله قبضت مالى عليه أوحى عليه جعل مقرب قبض القدر والجودة بلفظ واحد فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كالأول قال لفلان على ألف الأمانة فأما إذا قال قبضت عشرة جياد فقد أقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فإذا قال إلا أنها زبوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كن قال لفلان على مائة درهم ودينار الأمانة كان الاستثناء باطلاً وإن ذكره موصولاً كذا ههنا (قوله وفي الستوة لا يصدق) يعني لو أدها بعد الإقرار بقبض العشرة لم يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجوز فكان متناقضاً في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقاً وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الإقرار ما يدل على أنه إن ادعى الرصاص بعد الإقرار بقبض الدراهم أن كان مفصولاً لم يسمع وإن كان موصولاً يسمع والستوة أقرب إلى الدراهم من الرصاص فإذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوة أولى وكان الاعتراضين وقعاً للذهول عن التدقيق (٥١٠) في كلام المصنف فإن كلامه فيما إذا قال مفصولاً بدلالة قوله ثم ادعى

فأنه للترخي ولا نزاع في غير الزبوف والنهر حقه أنه إذا ادعاه لا يقبل مفصولاً وأما أنه هل يقبل موصولاً أو لا لم يصرح بذلك كره اعتماداً على أنه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولاً ويقبل موصولاً وذكر أحد الجانبين فهم الجانب الآخر بقى الكلام فيما إذا أقر بالدراهم

الحياد وادعى أنها زبوف فإنه لا يقبل مفصولاً ولا موصولاً كما تقدم ويجب أن ذلك بأن المنع هناك عن قبول الموصول أنما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر لأن حيث أنه بيان تغيير إن صح ذلك عن الاحتجاب أو عن المشايخ وقد اختاره المصنف

فإنه لو أقر بالحياد وهو حقه أو بحقه أو بالثمن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زبواً ونهر حقه لم يصدق لأقراره بقبض الحياد من يحاقب الأول ودلالة في الباقي لأن حقه في الحياد والثن حياد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزبوف متناقضاً ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره فإن القول بقول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول بقوله فكان من القميل الثاني أعني المقر بقبض الحق فلا رد نقضاً على القميل الأول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فإنه إذا أقر أنه قبض الدراهم بالحياد ثم ادعى أنها زبوف فإنه لا يصدق لا مفصولاً ولا موصولاً وبما بقي لا يصدق مفصولاً ولكن يصدق موصولاً والفرق هو أن في قوله قبضت مالى عليه أوحى عليه جعل مقرب قبض القدر والجودة بلفظ واحد فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كالأول قال لفلان على ألف الأمانة فأما إذا قال قبضت عشرة جياد فقد أقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فإذا قال إلا أنها زبوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كن قال لفلان على مائة درهم ودينار الأمانة كان الاستثناء باطلاً وإن ذكره موصولاً كذا ههنا (قوله وفي الستوة لا يصدق) يعني لو أدها بعد الإقرار بقبض العشرة لم يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجوز فكان متناقضاً في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقاً وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الإقرار ما يدل على أنه إن ادعى الرصاص بعد الإقرار بقبض الدراهم أن كان مفصولاً لم يسمع وإن كان موصولاً يسمع والستوة أقرب إلى الدراهم من الرصاص فإذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوة أولى وكان الاعتراضين وقعاً للذهول عن التدقيق (٥١٠) في كلام المصنف فإن كلامه فيما إذا قال مفصولاً بدلالة قوله ثم ادعى

فإنه لو أقر بالحياد وهو حقه أو بحقه أو بالثمن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زبواً ونهر حقه لم يصدق لأقراره بقبض الحياد من يحاقب الأول ودلالة في الباقي لأن حقه في الحياد والثن حياد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزبوف متناقضاً ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره فإن القول بقول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول بقوله فكان من القميل الثاني أعني المقر بقبض الحق فلا رد نقضاً على القميل الأول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فإنه إذا أقر أنه قبض الدراهم بالحياد ثم ادعى أنها زبوف فإنه لا يصدق لا مفصولاً ولا موصولاً وبما بقي لا يصدق مفصولاً ولكن يصدق موصولاً والفرق هو أن في قوله قبضت مالى عليه أوحى عليه جعل مقرب قبض القدر والجودة بلفظ واحد فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كالأول قال لفلان على ألف الأمانة فأما إذا قال قبضت عشرة جياد فقد أقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فإذا قال إلا أنها زبوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كن قال لفلان على مائة درهم ودينار الأمانة كان الاستثناء باطلاً وإن ذكره موصولاً كذا ههنا (قوله وفي الستوة لا يصدق) يعني لو أدها بعد الإقرار بقبض العشرة لم يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجوز فكان متناقضاً في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقاً وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الإقرار ما يدل على أنه إن ادعى الرصاص بعد الإقرار بقبض الدراهم أن كان مفصولاً لم يسمع وإن كان موصولاً يسمع والستوة أقرب إلى الدراهم من الرصاص فإذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوة أولى وكان الاعتراضين وقعاً للذهول عن التدقيق (٥١٠) في كلام المصنف فإن كلامه فيما إذا قال مفصولاً بدلالة قوله ثم ادعى

درهم من ثمن مبيع أو فرض أو اجارة إلا أنها زبوف أو نهر جنة لم يصدق في دعوى الزيادة وصل أم فصل  
في قول أبي حنيفة وعندهما يصدق أن وصل لأن فصل ولو قال لفان على ألف درهم من غير ذكر  
سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف أيضا لأن مطلق الاقرار بالدين ينصرف إلى  
الالتزام بالتجارة أذهو الاتفاق بحال المسلم وقيل يصدق هنا إذا وصل بالاتفاق لأن صفة الجودة نصير  
مستحقة بعقد التجارة فإذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا نصير صفة الجودة مستحقة وثاني الخلق أن  
شاء الله تعالى من الجانبين وقال الشافعي وأحمد إذا فصل لا يقبل في جميع الصور لأنه كما ذكر العشرة  
فهم الجياد وقوله هي زبوف رجوع عما أقرب قلنا في مسئلتنا إنما أقر بقبض الدراهم وقبض  
الدراهم لا يختص بالجياد لأن اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزبوف والنهر جنة  
فإذا قال هي زبوف أو نهر جنة كان حاصله أنه اعترف بقبض عدة من الدراهم منكرًا أنه  
قبض حقه أعني الجياد فيصدق مع عينه إذا كان الآخر يكذب ولم يكن رجوعا عن شيء لأن  
الاعم يصدق على كل أخص فإذا اتفق أنه بعد ما صدق عليه بعينه وأنه محاصد فإنه لا يكون  
مناقضا بخلاف ما لو قال هي ستوفة أو رصاص لا يقبل لأنها ليست من جنسها فكان رجوعا وأما  
لو اعترف أنه قبض الجياد وحقه أو الثمن أو استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزبوف والنهر جنة  
لأنه في هذه مقر بقبض الجياد صريحا في الأول ودلالة فيما بعده لأن حقه والثمن وكذا بدل الاجارة هي  
الجياد قال في النهاية جمع المصنف بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها  
على السواء فإنه إذا أقر بقبض الجياد ثم ادعى أنها زبوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصلا وفيما بقي  
يصدق موصولا ولا مفصلا والذوق أن قوله قبضت مالى عليه أوحى إقرار بقبض القدر والجودة بلفظ  
واحد فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال على ألف الأمانة أما إذا  
قال قبضت عشرة جياد فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فإذا قال إلا أنها  
زبوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما إذا قال على مائة درهم ودينار الدينار  
فإن الاستثناء باطل وإن كان موصولا فإن قيل يجب أن لا يصح استثناء الجودة وإن دخلت تحت الاقرار  
بلفظ واحد لأن الجودة تبع للدراهم وصفة لها واستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من  
الدار لا يصح وإن كان موصولا قلنا إنما لا يصح استثناء البناء لأنه دخل تحت اسم الدار تبعه فلا يجوز  
إخراجه موصولا وأما الجودة فدخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لأنه أقر بقبض ماله عليه وكما عليه  
تسلم الوزن عليه الجودة فكانت داخله تحت قوله مالى عليه وحق عليه مقصودا لا تبعه فيجوز استثناءه  
موصولا انتهى وقال صاحب الدراية بعد أن نقله فيه نوع تأمل وعندى أن التأمل يشده لا يريده وكأنه  
والله أعلم أشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر في السؤال من أنها تبع وصفة للدراهم والصفة أبدأ تابعة  
لوصف وهذا موعن قوله دخلت تحت اللفظ مقصودا فحاصل رده على السائل أن ما يكون تبعا  
في الوجود قد يكون مقصودا للتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصده  
الباقى سواء كان تبعا في الوجود له أو أصلا مثله وإنما كانت الستوفة ليست من جنس الدراهم لأن غشها  
غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة إلى الغالب متعين فإذا كان الغالب هو الغش فليست  
دراهم الاستحسان ولذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلاث طاقات الطاق الأعلى والأسفل فضة والأوسط  
نحاس وهي شبه الموهو وقعت في النهاية إطلاق قوله في الستوفة لا يصدق بل ذلك إذا قال مقصولا أما  
في الموصول يجب أن يصدق لأنه قال في أقرار الميسوط لو أقر أنه قبض خمسة مائة درهم عماله على المديون  
ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق لأن اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وإن قال موصولا  
فالقول قوله لأن الرصاص من الدراهم صورة وإن لم يكن منهن معنى فكان بيانا مغير الظاهر كلامه إلى

فانه ماء زاه إلى شيء من  
السخ وتغيبه باستثناء  
الدينار قد لا ينهض لأن  
الجودة وصف لا يصح  
استثناءه فكأنه لم يستثن  
ثم فسر الزبوف بما ريفه  
بيت المال أي رده والنهر جنة  
بما رده التجار ولعله أردأ  
من الزيف والستوفة  
ما يغاب عليه الغش فيسل  
هو معرب ستو وهي أردأ  
من النهر جنة حتى خرج  
من جنس الدراهم

(قوله لا يصح استثناءه)  
أقول مطلقا وإذا كان  
دخوله في المستثنى منه  
تبعالا مقصودا والثاني مسلم  
ولا كذلك فيما نحن فيه  
والاول ممنوع

قال (ومن قال لا خير لك على ألف درهم الخ) اعلم أن الإقرار إما أن يكون بما يحتمل الإبطال أو بما لا يحتمل له فإن كان الأول فإما أن يستقل المقر باثباته أو لا والاول يرتد برده المقر له مستقلا بذلك كما أن المقر يستقل باثباته والثاني يحتاج الى تصديق خصمه فعلى هذا اذا قال لا خير لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء لان المقر أقر بما يحتمل الإبطال وهو مستقل باثبات ما أقر به (٥١٣) لا محالة وقد رده المقر له فيرد وقوله بل لي عليك ألف درهم غير مفيد لانه دعوى

قال (ومن قال لا خير لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء) لان اقراره هو الاول وقد ارتد برده المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال لغيره اشتريت وأنكر الآخر له ان يصدقه لان أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد والمعنى أنه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق أما المقر له يتفرد برده الإقرار فافتقرا

ما هو محتمل فيصح موصولا في السئومة أولى لان الرصاص أبعد منها الى الدراهم وذ كر المحبوب في جامعه مصر حاقا قال فاما اذا قال وجدته استوفية أو رصاصة قال شيخ الاسلام خواهر زاده ذ كر محمد انه يصح اذا كان موصولا وقد من أن القول قول القابض مع عيینه فلا يعين على الطالب انها كانت جديدا في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أحلفه اذا اتهمته (قوله ومن قال لا خير لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء) أو قال هي لك أو قال هي لفلان فقد رد اقراره فلو عاد الى تصديقه وادعى الالف لم يسمع منه الا ان عاد المقر الى الإقرار به بعد رد المقر له فصدقه بعد الإقرار الثاني فإنه ثبت استحسانا لاقباصا بخلاف ما لو أقر سيد العبد بنسبه لانسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله لان الإقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للراد أن يعود ويدينه فلما لم يطل بالرد بقي مقرا بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه لنفسه (ولو كان الإقرار بسبب المال مثل أن يقول اشتريت مني وأنكره أن) يعود (بصدقه لان أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ) فانكاره ان كان فسحا من جهته لا يحصل به الانفساخ وكان العقد قائما بعد انكاره فله أن يصدقه بعد ذلك (أما المقر له) بالمال (فيتفرد بالرد فافتقرا) وناقضه في الكافي بأنه ذ كر هنا أن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ وفيما تقدم يعنى من مسألة التجاحد قال ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فان رضا البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى وهو صحيح ويقتضى انه لو تعذر الاستيفاء مع الإقرار بأن مات ولا يمينه أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه أولا (وهذه فروع) ذكرها في النهاية لو صدقه ثم رد اقراره لا يرتد لو وهبت المرأة صدقها زوجها وقبل ثم رده فرده باطل وكذا الوكيل المدون الابرار ثم رده وكذا الوكيل لعبد وهبت له رقبته فرده لا يرتد بالرد لانه عتاق هذا كله في رد المقر له اقرارا بالمقر فاما لو رد المقر اقرارا بنفسه كأن أقر بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تخليف الآخر أنه أقبضه أو قال بعد ان أقر بقبض المبيع لم أقبض أو قال هذا فلان ثم قال هو لي وأراد تخليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كذا وأراد تخليف الدائن أنه أقبضه لا يخلف في المسائل كلها عند أبي حنيفة ومحمد لانه متناقض فهو كما لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه ما لا وأراد تخليفه لا يخلف وعند أبي يوسف والشافعي يخلف وهو رواية عن أحمد لان العادة جرت على هذه الاشياء قبل تحققها تحرزا من امتناع القابض عن الاشهاد بعد أن يسلمه فيجب أن يراعى العادة وصار كما لو أقر بالبائع وقال كان ناعته وطلب عين الآخر حلف عليه كذا هذا وقال الصمد الشاهد الراى في التخليف الى الفانى يريد أنه يجتهد في

فلا بد لها من حجة أى بينة أو تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر بان يارزمه المال استحسانا واذا قال اشتريت مني هذا العبد فانكره أن يصدقه بعد ذلك لان اقراره وان كان بما يحتمل الإبطال لكن المقر لم يستقل باثباته فلا يتفرد أحد العاقدين بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد يعنى المقر له لا يتفرد بالرد كما أن المقر لا يتفرد باثباته والمعنى أنه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق بخلاف الاول فان أحدهما يتفرد بالاثبات فيتمرد الآخر بالرد قلت ان عزم المقر على ترك الخصومة وجب أن لا يقيمه التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم ولهذا لو كانت جارية حل وطؤها كما تقدم ويجوز أن يقال ان قوله ثم قال في مكانه اشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والنقل كانا دليل الفسخ وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية ان أحد العاقدين لا يتفرد بالفسخ وذ كر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فان رضا البائع

فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب وذلك لانه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وهو هنا أقر المشتري في خصوص مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وان كان الثاني كما اذا أقر بنسب عبده من انسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة رحمه الله لان الإقرار بالنسب اقرارا بما لا يحتمل الإبطال فلا يرتد بالرد وان وافقه المقر على ذلك قال المصنف (فلا بد من الحجة) أقول كيف تقبل حجته وهو ناقض في دعواه تأمل في جوابه (قوله فان العزم والنقل الخ) أقول النقل قد يكون بالامر للغلام نفسه ولغيره والا فمن مكانه

قال (ومن ادعى على آخر ما لا يخ) اذا ادعى على آخر ما لا يقال ما كان لك على شيء قط ومعناه اني الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فأقام المدعى البينة على ما دعه وأقام المدعى عليه البينة انه قضاء أو على البراءة قبل بينته وقال زفر وهو قول ابن أبي ليلى انها لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فكان مناقضاً في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى أنه يقال قضي بباطل كما يقال قضي بحق وقد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شيء والمسئلة بمحالتها لان التوفيق أظهر لان ليس (٥١٣) لنفي الحال فاذا أقام المدعى البينة على

المدعى به والمدعى عليه على القضاء أو البراءة قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلاً فالوادع المسئلة على قبول البينة عند إمكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاص لمسئلة الكتاب بفصل دعوى

القصاص والرق فقال ألا ترى انه لو ادعى على رجل دم عمد فلما ثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على البراءة والعفو أو الصلح معه على ما قبلت وكذا لو ادعى رقيقة جارية فأنكرت وأقام البينة على رقيتها ثم أقامت هي بينة على انه أعتقها أو كاتبها على ألف وانما أدت الألف اليه قبلت ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك أو ما أشبهه كقوله ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسئلة بمحالتها تقبل بينته على القضاء وكذا على البراءة لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين أخذوا عطاء وقضاء واقضاء ومعاملة بلا خلطة ومعرفة وذكر القدوري عن أصحابنا انه أيضاً تقبل لان المحجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على

قال (ومن ادعى على آخر ما لا يقال ما كان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبل بينته) وكذلك على البراءة وقال زفر رحمه الله لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضاً ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى أنه يقال قضي بباطل وقد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شيء قط لان التوفيق أظهر (ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء) وكذا على البراءة لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين أخذوا عطاء وقضاء واقضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري رحمه الله انه تقبل أيضاً لان المحجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فبما بر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق

خصوص الوقائع فان غلب على ظنه انه لم يقبض حين أقروا وشهد بحلف له خصمه وان لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه وهذا انما هو بالتفرس في الاختصاص والله الهادي (قوله ومن ادعى على آخر ما لا) معلوم القدر وما تصح به الدعوى (فقال) المدعى عليه (ما كان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو بينة على القضاء قبل بينته وكذلك) لو أقامها (على البراءة وقال زفر لا تقبل) ونقل عن ابن أبي ليلى (لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكر الوجوب) حيث قال ما كان لك على شيء قط فاذا أقام بينة على انه قضاء ناقض (ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى دفعا للشغب) وان لم يكن عليه حق (ويبرأ منه) لذا (يقال قضي بباطل و) أيضاً (قد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك على شيء قط لان التوفيق أظهر) لانه نفي في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقاً بل هو القضاء أو البراءة بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وهذا الاطلاق يقتضي قبول البينة اذا احتاج الى التوفيق من غير دعوى التوفيق وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق ولم يذكر في بعض المواضع فقيل بشرط الدعوى في الكل ويحمل ما سكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الاقضية لا ينبغي للقاضي أن يوفق لانه نصب لفصل الخصومات لا لانشاءه ولان القاضي لا يدرى ما يوفق به المدعى وفي الفوائد الظهيرية كان والذي بقي بان التوفيق اذا كان ممكنًا يجب على الحاكم التوفيق كي لا تعطل جميع الشرع والتوسط في هذا أن وجه التوفيق اذا كان ظاهراً متبادراً يجب أن يسمع البينة بالتوفيق المدعى كقوله ليس لك على شيء ثم أقامها على انه قضاء وشهود وان كان متكلفاً لا يعتبره القاضي واقعاماً لم يذكره المدعى والله سبحانه أعلم وذلك مثل قوله وهبالي ثم أنكر فاشترتها وكذا فيما أتى في الجارية لم أبعها له ولا يمكن أقام بينة كاذبة بالبيع فسألته أن يبرئني من العيوب فان مثل هذا في الحقيقة تلقين للجمعة هذا (فلق) زاد على ذلك (قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك) أو قال ولا رأيتك أو قال ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا أخذوا عطاء أو ما اجتمعت معك في مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بينة على القضاء أو البراءة (لم) تقبل لتعذر التوفيق (وذكر القدوري) عن أصحابنا (انه تقبل أيضاً لان المحجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فبما بر بعض ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق) فعلى هذا قالوا

(٦٥ - فتح القدير خامس) بابه فبما بر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنًا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على البراءة في هذا الفصل بانفاق الروايات لانه يتحقق بالامعرفة قال المصنف (ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ) أقول مخالف لما سأتى في الاقرار في تعليل كون قوله قضيتكمها اقراراً قال المصنف (وكذا اذا قال ليس لك لا يخ) أقول لان ليس لنفي الحال في وضع اللغة فلا يكون مناقضاً في دعوى القضاء لا ظاهراً ولا حقيقة بخلاف قوله ما كان لانه لنفي الماضي فيكون مناقضاً من حيث الظاهر

قال ( ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه الخ ) ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم أبعها منك قط فأقام المدعى البينة على الشراء ( ٥١٤ ) فوجد بها عيبا لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالاصبع الرائدة وأرادردها

قال ( ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المشتري البينة على الشراء فوجد بها اصبعاً رائدة فأقام البائع البينة أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع ) وعن أبي يوسف رحمه الله أنهم تقبل اعتباراً بما ذكرنا ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضاً بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر قال ( ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذ كر الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذ كر كاه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا إن شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بهذا كر الحق وقولهما استحسان ذ كر في الاقرار ) لان الاستثناء ينصرف

بحسب التفصيل فإن كان المدعى عليه عن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته والاقبلت وفي الشافى لو قال لم أدفع اليه شيئاً ثم ادعى الدفع لم يسمع لانه يستحيل أن يقول لم أدفع اليه شيئاً وقد دفعته أما لو ادعى اقراره بالدفع اليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لان المناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهما لم يجمع ولهذا الوصف المدعى عياناً لا يكون مناقضاً ذ كر الترتا شى وقبل تقبل البينة على البراءة في هذا الفصل باتفاق الروايات لان البراءة يتحقق بالمعرفة ( قوله ) ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المدعى البينة على شرائه ( ايها منه فقبضها ) فوجد بها اصبعاً رائدة ( أو نحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة ليعلم انه كان في يد البائع وأرادردها ) فأقام البائع بينة أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل وعن أبي يوسف أنهم تقبل اعتباراً بما ذكرنا ) يعنى التوفيق في الدين وقوله وعن أبي يوسف يشير إلى أنها ليست ظاهرة الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافاً بين أصحابنا في الجامع الصغير وأما حكمه الخصاص عن أبي يوسف رحمه الله ووجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني قال شارح ولان البيع غير البراءة من العيب فجعوا أحدهما لا يجمع دعوى الآخر ولا يخفى ما فيه وذلك في وجه التوفيق أيضاً أن يكون البائع وكيلاً عن المالك في البيع فكان قوله للمالك ما بعته لك قط صدقاً فاقامة البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضاً والوجه أعم لانه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك وتطيره ما ذ كر الترتا شى فأقام بينة على الشراء وذو المديكر ثم أقام المديكر بينة على أن المدعى قد رد البيع قبلاً ولا يبطل انكاره البيع بينته لانه يقول أخذها مني بينته كاذبة ثم استقلته فأقالتى ( ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضاً بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلاً ) ولا يخفى أن كلاماً وجهى التوفيق الاول والثالث يدفع هذا ( قوله ذ كر حق ) يعنى صكا في اقرار بدين ( قال في آخره ومن قام بهذا الذ كر فهو ولي ما فيه ) يعنى من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب ( إن شاء الله ) متصلاً بهذه الكتابة أو صك شراء كتب فيه وما أدرك فلان المشتري من الدرك فعلى فلان خلاصه إن شاء الله ( فعند أبي حنيفة يبطل الصك كله ) الدين في الاول والشراء في هذا والخلاص ( وعندهما كل من الدين والشراء صحيح وقوله إن شاء الله ينصرف إلى ما يليه ) وهو وكالة من قام به وضمن الدرك خاصة ( وقولهما استحسان له أن الكل بواسطة العطف كشيء واحد ) اتصل به الاستثناء ( فينصرف إلى الكل ) للاتفاق على أن قول القائل عبده حر وأمر أنه طالق وعليه المشى إلى بيت الله إن شاء الله يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر ( ولهم ما أن الاستثناء ينصرف

على البائع فأقام البينة على أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينته ذ كرها في الجامع الصغير ولم يحك خلافاً والخصاص أنبته عن أبي يوسف وأشار إليه المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتباراً بما ذكرنا من صورة الدين فانه لو أنكره أصلاً ثم أقام البينة على القضاء أو البراءة قبلت لان غير الحق قد يقضى فأمكن التوفيق فكذلك يجوز زهنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره وذلك بقضى وجود أصل العقد لان الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد أنكره فكان مناقضاً بخلاف مسألة الدين لانه قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر قال ( ذكر حق كتب في أسفله الخ ) إذا أقر على نفسه وكتب صكا وكتب في آخره ومن قام بهذا الذ كر الحق فهو ولي ما فيه وأراد بذلك من أخرجه هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك إن شاء الله تعالى أو

كتب في كتاب شراء ما أدرك فيه فلان آمن درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذ كر كاه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا الاستثناء ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه وإلى من قام بهذا كر الحق والشراء صحيح والمال المقربه لازم لانه استثناء والاستثناء ينصرف

الى ما يليه لانه الاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل لما فرض للاستيثاق لم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستعداد فلا يكون ما في الصك بعضه من تطايع بعض فينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والحواس ان الذ كر للاستيثاق مطلقا واذا لم يكتب في آخره ان شاء الله تعالى والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستعداد اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولا ي حنيفة رحمه الله ان الكل فيما نحن فيه كشيء واحد يحكم العطف فينصرف الى الكل كالم قال عبده حر وامر أنه طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة بياض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام وما اذا ترك فرجة قيل قوله (٥١٥) ومن قام بهذا الذ كر فقد قالوا لا يلحق

به ويصير كفواصل السكوت وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذ كر في الشروط اثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أي حنيفة فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح بلا ضرورة وكونه توكيلا مجهولا ليس بضائر لانه في الاسقاطان للمقران لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة فاذا رضى فقد أسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو الاحتراز عن قول ابن أبي ليلى لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم الا اذا رضى بوكالة وكيل مجهول لاعتنا مذهب أبي حنيفة فان الرضا بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت فوجوده كعدمه

(فصل في القضاء بالمواريث)

الى ما يليه لان الذ كر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستعداد قوله ان الكل كشيء واحد يحكم العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامر أنه طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلحق به ويصير كفواصل السكوت والله اعلم بالصواب

**فصل في القضاء بالمواريث** قال (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته الى ما يليه لان الذ كر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستعداد) فقام العلم بالمقصود من كتب الصك دلالة على قصر انصرافه الى الاخير هذا هو العادة وعليه يحمل الحادث لا على انه قد يكتب للابطال لغرض قديتق وظاهر الوجه من الجانبين ان ان شاء الله أجرى بالاتفاق مجرى الاستثناء غير أن أبا حنيفة خالف مقتضاء وهو انصراف الاستثناء الى ما يليه خاصة بسبب العطف وهما مسلمان ذلك لولا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعد اذ لو كان كذلك لم يتصور وجود جمل متعددة ببعضها استثناء فينصرف الى الاخيرة لان وجود الجمل المتعددة انما يكون بالعطف فاذا كان العطف يصيرها كواحد لزم في كل استثناء متصل بحمل منسوق بعضها على بعض أن ينصرف الى الكل ويستحيل وجود المسئلة بل الوجه ان ان شاء الله شرط وحكم الشرط اذا تعقب جملا منسوقة بعضها على بعض أن ينصرف الى الكل ولذلك لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا فشيء أبو حنيفة على حكمه وهما أخر جاصور كتب الصك من عموم به عارض اقضي تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة وهو ما ذكرناه ولذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله هذا اذا كان ان شاء الله مكتوبا متصلا بالكتابة فلو فصل بياض وهو الفرجة صار كفواصل السكوت فلا يعمل شيئا اتفاقا وقد ورد أن هذا الكلام يقتضي انه لو لم يكتب ان شاء الله لم يبطل شيء ويلزم جهة الوكالة للمجهول بالخصومة في قوله ومن قام بهذا الذ كر فهو ولي ما فيه وتوكل المجهول لا يصح أجيب بأن الغرض من الكتابة اثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعى فلا يمنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أبي حنيفة فان التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضا الخصم عنده ودفع يانه لا يفيد على قوله لان يثبت الرضا بتوكيل وكيل مجهول والرضا بتوكيل وكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله ايضا وقيل بل فائدة الفرع عن قول ابن أبي ليلى فانه لا يصح التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم الا اذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فيمنع ذلك ذكر في كتب المذاهب الاربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقا

**فصل في القضاء بالمواريث** (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته) فانا

قد تقدم لنا الكلام فيما يجب تأخير هذا الفصل الى هذا الموضع قال (واذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة الخ) ذكره مستثنين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر وهو على نوعين أحدهما أن يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحياة المفقود والثاني أن يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحونة كما سنده وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في أصول الفقه فاذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته

قال المصنف (وله ان الكل الى قوله ان شاء الله) أقول لا يقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فان الاستثناء ينصرف الى الجملة الاخيرة على أصله لان ذلك في الاستثناء بالاقول وقوله ان شاء الله شرط ساع اطلاق الاستثناء عليه في عرفهم وليس اياه حقيقة فتأمل والله تعالى أعلم

**فصل في القضاء بالمواريث**

وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول للورثة وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الى اقرب الاوقات لذلك ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتاً فيما مضى تحكيماً للحال أي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحونة اذا اختلف فيه المتعاقدان بعدمضى مسدة فانه يحكم الحال فان كان الماء جارياً في الحال كان القول لا جراً وهو صاحب الطاحونة وان كان منقطعاً كان القول للمستأجر (قوله وهذا) يعني تحكيم الحال أو الحال (ظاهر نعتيه به لدفع استحقاقها الميراث) وهو صحيح (وهو) أعني زفر (يعتبره للاستحقاق) وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها للميراث بالحال بل بأن الاصل في الحادث الاضافة الى اقرب الاوقات ويجوز أن يجاب بأن ذلك أيضاً ظاهر والظاهر استصحاباً كان أو غيره لا يعتبره للاستحقاق على أنه يتلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر

(قوله كان القول لا جراً وهو صاحب الطاحونة) أقول أنكر صدر الشريعة في شرح الوقاية صحة اطلاق لفظ الجراً على المؤجر فراجعه قال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل الماء اذا كان جارياً في مسألة الطاحونة يجعل حجة لصاحب الطاحونة فيستحق الاجرة فكم تستحكم بالحال لا ثبت استحقاقه الاجر قلنا اتفاقاً على سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد وفي مسألة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما أي الزوج والزوجة في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة فان قيل يشكل هذا بمسئلة ذكرها في الاصل اذا مات وتولوا ابني فقال أحدهما مات أبي مسلماً وقد كنت مسلماً حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضاً أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه فالقول قول الابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكمة على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال (٥١٦) وهو البتة قلنا ما ذكرنا من الطريق انما يصار اليه اذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو

ثابت في الحال أما اذا اختلفا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير أنهم ما اختلفا في مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائماً لا يرى ان في مسألة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعاً

وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة (وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتيه بالدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق

استحق في ميراثه (وقالت الورثة) بل (أسلمت قبل موته) فلا ميراث لك (فالقول قول الورثة) وكان الاولى أن يقال بدل قوله فالقول قول الورثة لان صدق الابنية لأن العادة ان من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف عليهم الا ان ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم (وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث في الظاهر) اضافته الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان (من الميراث) ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر (هو استصحاب أعني استصحاب الماضي للحال) (نعتيه بالدفع وما ذكره) استصحاب هو عكس ذلك لان الاستصحاب

شهرين وقال الآخر بل انقطع شهر فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعاً كان أو جارياً في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدروا انقطاع مقدرو ذلك غير ثابت للحال وفي مسألة الابنين ومسئلة الكتاب حاصل الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لافي نفس الاسلام والثابت في الحال نفس الاسلام مقدور فهذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام الترمذ في مسئلة وهي ترد أيضاً شبهة على الاصل وهو ان الاستحقاق لا يثبت بالظاهر فقال لو ادعت المرأة أنه أبان في المرض بعين صاره هو فارابه وقالت الورثة في الصحة فالقول قول المرأة لانها أنكرت المانع وهو الطلاق في الصحة يعني الاصل عدم المانع انتهى وفيه تأمل ثم أقول في قوله فان قيل يشكل هذا الى قوله مع قيام السبب في الحال وهو البتة بحث ظاهر اذ يجوز أن يقال السبب هنا البتة مع الاتفاق في الدين عند الموت كما في الزوجية لا البتة فقط (قوله وهذا أي تحكيم الحال الى قوله وفيه نظر لان زفر الخ) أقول فالضمير البارز في يعتبره راجع الى الظاهر لا الى الحال كما لا يخفى

٣ (قول الحشى الى تحكيم الحال الى آخر القولة) كذا في نسخة وفي أخرى بدله الى الشهاد بل يجوز للشاهد أن يشهد بخلاف الشهادة على الشهادة اه قال الفاضل الشهير بخضر شاه عليه رحمة الله كذا في النهاية وليس كما ينبغي بل معنى انبأ الحكم بنفسه أنه ثبت ما وضعه الشارع له وحكم بترتب عليه من غير أن يحتاج الى غيره من قضاء قاض كالبيع فانه ثبت حكمه أعني الملك بنفسه وكذا الاقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه وعلى هذا الخلاف الشهادة اذا احتملها الشاهد فانما لا يثبت الحكم بنفسها بل اذا نقله الى مجلس القاضي وحكم القاضي بها ولم ير ان هذا من الظهور وفيه بحث لا يخفى على من له أدنى مسكة فضلاعن هادي الاعلام اه وقيل معناه ان حكم البيع لثبوت الملك للمستمرى في البيع وفي الثمن للبايع يثبت بنفس العقد وكذا في تطايره أما الشهادة فمما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا والظاهر ما في النهاية لما ان الذي يحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسى لا المشهود به ولان تقدير الكلام يشهد له كما لا يخفى

(ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجهات مسلمة بعدموته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعدموته فالقول قول الورثة أيضا ولا يحكم الحال) لان تحكيمه يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وبهذا القدر يتم الدليل وقوله (أما الورثة فهم الدافعون) إشارة الى معنى آخر وهو ان في كل مسألة منها اجتماع نوع الاستصحاب أما في الاولى فلان نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جهات مسلمة وادعت اسلاما حاديا بالنظر الى ما كانت (٥١٧) فيما مضى والاصل فيه أن يبنى هو

من النوع الاول وبالنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه أن يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثاني فلما اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان القول قوله وأما في الثانية فلان نصرانية كانت ثابتة والاسلام حاد حدث فالتنظر الى النصرانية يقتضي بقاها الى ما بعد الموت والنظر الى الاسلام يقتضي أن يكون ثابتا قبل موته فلما اعتبرناه لم نلزم أن يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستدلال به وقوله (ويشهد لهم) دليل آخر وهو أن الاسلام حاد والحاد يضاف الى أقرب الاوقات فان قيل ان كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهر زفر في المسئلة الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج الى مرجح والاصل عدمه فالجواب أنه معتبر في الدفع

ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجهات مسلمة بعدموته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعدموته فالقول قولهم -م أيضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا قال (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه)

يكون من الماضي للحال ومن الحال الى الماضي ولكنه (اعتبره للاستحقاق) وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما اذا اختلف ما ليكها مع المستأجر اذا طال به مدة فقال كان الماء منقطعا حكم جريانه في الحال فاذا كان منقطعا في الحال فيعطف على الماضي لدفع استحقاق أجره الماضي فكذلك هذا التعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثير اما يكون ظاهرا كاجبار الآحاد قد أثبت ما يوجب استحقاقا (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجهات مسلمة بعدموته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعدموته فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال) هنا لان الاستصحاب للاستحقاق وهي محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون (والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها الى ما بعد موته فالمسئلان مبنيان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيه ما للدفع للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهد للماضي عمل بآثار الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق ما ليكها أجر الماضي اذا كان جاريا بأجيب بأن هنالك اتفاقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفا في التأكيده والظاهر يصلح حجة للتأكيده وفي مسألة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت واستشكل بما ذكر محمد في الاصل اذا مات وترك ابنتين فقال أحدهما مات أبي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضا أسلمت حال حياته وكذب الابن المتفق على اسلامه وقال بل أسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البينة أحجب بأنه انما يبصر لما ذكر من الظرفي اذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال وأما اذا اختلفا في مقدار منه فلا يبصر الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما حتى ان في مسألة الطاحونة اذا انقطع على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآخر شهر فالقول للمستأجر مع عينه منقطعا كان الماء واجار باقي الحال لانهم اختلفا في جريان مقداره وهو غير ثابت للحال وفي مسألة الابنتين ومسئلة الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان أو لم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا اسلام مقداره هذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام الترمذي مسألة وهي ترد أيضا شبهة على الاصل أعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو ادعت المرأة أنها ماتت في المرض فصارت أفا نأثارت وقالت الورثة بل في الصحة فالقول قولها لانها أنكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعني والاصل عدم المانع (قوله ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم) مثلا (وديعة فأقر المستودع أنه ابن الميت لا وارث له غيره)

لا في الاثبات وزفر يعتبره للاثبات ونوقض بنقض اجمالي وهو أن ما ذكره على أن الاستصحاب لا يصلح للاثبات لو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضى بالاجر على المستأجر اذا كان ماء الطاحونة جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به لا يثبت الاجر والجواب انه استدلال لدفع ما يدعى المستأجر على الاجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر وأما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا واعتبر هذا واستغن عما في النهاية من التطويل قال (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة الخ) رجل مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فأقر المودع لرجل أنه ابن الميت لا وارث له غيره بقضى الحاكم عليه بدفعه الى المقر له

لانه أقر أن ما في يده حق الوارث وملكه خلافة ومن أقر بملك منخص عنده وجب دفعه اليه كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر له أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه أقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقراره على مال الغير ولقائل أن يقول كان الواجب في المسئلة الأولى أن لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما وجب قيامه فيه لحاجته اليه كالدين (٥١٨) وغيره فان خلافة الوارث متأخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبته بأقراره بيقين

وما وجب قيام حق الميت في المال متوهم فلا يؤثر اليقين به فاذا امتنع في الوديعه حتى هلك هل يضمن أو لا قيل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع عنه يضمن فكذا من وكيله وان سلمها هل له أن يستردها قيل لا بملك ذلك لانه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقراره على الغير بل الاقرار فيه على نفسه لان الديون تقضى بأمثالها ولو أقر المودع بعد الاقرار الاول لرجل آخر بأنه أيضا ابن الميت وأتكره الاول بأن قال ليس له ابن غيري قضى بالمال الاول لانه لما صح اقراره الاول في وقت لامر احمل له انقطع يده عن المال فالأقرار الثاني يكون اقراره على الاول فلا يصح كما إذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر الاول لم يكذب

لانه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر له أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقراره على مال الغير ولا كذلك بعدموته بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بأمثالها فيكون اقراره على نفسه فيؤمر بالدفع اليه (فلو قال المودع لا خسر هذا ابنه أيضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضى بالمال الاول) لانه لما صح اقراره الاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقراره على الاول فلا يصح اقراره الثاني كما إذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر الاول لم يكذب له فصيح وحين أقر الثاني لم يكذب فلم يصح

فان القاضي يقضى عليه بالدفع اليه (لانه أقر أن ما في يده حق الوارث) ملك له (خلافة فهو كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر) المودع (لرجل أنه وكيل المودع بالقبض) أي بقبض الوديعه (أو أنه اشتراه) أي اشترى الوديعه التي في يده من المودع (حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بقيام حق المودع) وملكه في الوديعه الآن (اذ هو حي فيكون اقراره على مال الغير ولا كذلك بعدموته) لزوال ملكه فانه أقر له بملكه ما في يده من غير ثبوت ملكه لمالك معين فيه الحال وفي فصل الشراء وان كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينقض في حق غيره أعني المالك لانه لا يملك ابطال ملكه بأقراره فصار كالأقرار بالوكالة بقبض الوديعه ثم لو دفع الى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعه هل له أن يستردها قيل لا لانه يصير ساعيا في نقض ما تم به وقال ظهير الدين كان والذي يتردد في جواب هذه المسئلة ولولو لم يدفع الوديعه للذي أقر له بالوكالة حتى هلكت قيل يضمن لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كالمنعها من نفس المودع وقيل لا لانه لم يجب عليه الدفع (بخلاف المديون إذا أقر لرجل أنه وكيل الدائن بقبض ماله عليه) فانه يؤمر بالدفع اليه لانه غير مقرر على مال غيره (اذ الديون تقضى بأمثالها) والمثل ملك المقر (فانما أقر على نفسه) حتى يرجع عليه الدائن اذ لم يعترف بالوكالة اذ قدم (فيؤمر بالدفع ولو قال المودع لا خسر هذا ابنه أيضا وأتكره الابن الاول قضى بالمال الاول) وحده (لانه لما صح اقراره الاول) على ذلك الوجه (انقطع يده عن المال فيكون اقراره على) الغير وهو الابن (الاول فلا يصح كالأول ابنا معروفا ولانه حين أقر الاول لم يكذب له فصيح وحين أقر الثاني لم يكذب) وهو الاول (فلا يصح) وهل يضمن لابن الثاني شيئا قال في غاية البيان انه لا يغرر المودع لابن الثاني شيئا بأقراره لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البتة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبتة اقرار بالمال وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدى لابن الثاني الذي أقر له اذ دفع الوديعه بغير قضاء القاضي وبه قال الشافعي في قول واحد في قول لا يضمن لان اقراره الثاني صادق ملك الغير فلا يلزم منه شيء وقال في النهاية فان قيل كان ينبغي أن يضمن المودع لابن الثاني الذي أقر له انه ابن الميت كالأول المودع بالاقرار لغير القاضي المعزول بالوديعه ثم أقر بتسليم القاضي اليه وقد ذكر في أدب القاضي من الكتاب انه يضمن للقاضي قيمته فلما هنا أيضا يضمن اذ ادفع الوديعه الى الابن الاول

أحد فصيح اقراره وحين أقر الثاني كذبه الاول فلا يصح واعترض بأن تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما أدى الاول وأجابوا بالتزام ذلك اذ ادفع الجميع بلا قضاء كالذي أقر بتسليم الوديعه من القاضي بعدما أقر تغير من أقره القاضي وقد تقدم في أدب القاضي وأما إذا كان المدعي بقضاء كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار به

(قوله كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا الخ) أقول وأما في المسئلة المتقدمه فلم يكن مكذبا شرعا في قوله تسامها من القاضي اذ لا منافاة بين تسامها منه وكونه ممن أقره فافهم

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء الخ) اذا حضر رجل وادعى دارا في يد آخرها كانت لبيه مات وتركها ميراثا له فاما ان يقربه ذواليد أولا فان كان الثاني وأقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة أوجه أحدها أنهم قالوا تركها ميراثا لورثته ولم يعرفوه ولم ينعقد لهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لا لهم مالم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والآخر من المجهول متعذر والثاني أنهم شهدوا أنه ابنه ووارثه لا نعرف له وارثا غيره وفيه يقضى الحاکم بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق والثالث أنهم اذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في (٥٩) شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيلا ولا من وارث وهذا شيء احتياط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود ولا نعلم له وارثا غيره

بغير قضاء القاضي نصف ما أدى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب واختلف في اللقطة اذا أقر الملتقط بها لرجل هل يؤمر بالدفع اليه مذ كور في اللقطة وفي الجامع الصغير لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميث أو الغاصب منه لا يؤمر بالدفع هذا كما في الابن فلو أقر المودع لرجل انه أخو الميث شقيقه وانه لا وارث له غيره وهو يدعيه أولم ادعى وصية بألف مثله انه صادق فالقاضي يتأني في ذلك لان استحقات الاخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه وارث على كل حال غير أنه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم والبنت كالابن وفي الوصية هو مقرر على الغير لانه أقر انه ليس بخلف عن الميث واذا أتاني ان حضر وارث آخر دفع المال اليه لانه خلف عن الميث وكان القول قوله في الوصية وان لم يتضر وارث آخر أعطى كل مدع ما أقر به لكن بكفيل ثقة وان لم يجد كفيل أعطاه المال وضمنه ان كان ثقة حتى لا يهلك أمانته وان كان غير ثقة تلزم القاضي حتى يظهر انه لا وارث للميت أو أكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدردمدة التلوم شيء بل موكول الى رأى القاضي وهذا أشبه بأبي حنيفة وعندهما قد يرحل هكذا حكمي الخلاف في الخلاصة عن الافضية قال وعن أبي يوسف مقدار شهر هذا اذا قال ذواليد لا وارث له غيره فان قال له وارث ولا أدري أم لا يدفع الى أحد منهم شيئا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره وكل من يرث في حال دون حال كالاخ والاب والام والبنت كالابن ولو ادعى انه أخو الغائب وانه مات وهو وارثه لا وارث له غيره وادعى انه ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو كانت امرأة وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيري وادعى آخر انه زوج أو زوجة للميت أو ان الميت أوصى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذواليد وقال لا أدري للميت وارثا غيرهما أولا لم يكن لمدعي الوصية شيء بهذا الاقرار ويدفع القاضي الى الاب والام والاخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الاخ اذا انفردا ما عند الاجتماع فلا يراحم مدعي البنوة مدعي الاخوة لكن مدعي هذه الاشياء اذا زاحمه مدعي الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستد لا باقرار ذي اليد مدعي الاخوة أو البنوة أولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له هذا اذا لم تكن بينة على الزوجية أو الوصية فان قام أخذها وهل يؤخذ منه الكفيل تقدم ولو أقر ذواليد ان الميت أقر ان هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو أوصى له بالكل أو ثلثه أو ان هذه زوجته فالمال للابن والمولى كالموالياه أقر بخلاف النكاح وولاء الموالاة والوصية لان ذواليد أقرب بسبب منتهى (قوله) واذا قسم الميراث بين الغرماء أو بين الورثة (لا يؤخذ منهم كفيل) عند أبي حنيفة (و) قال (هذا شيء احتياط فيه بعض القضاة وهو ظلم) كأنه عني به ان أي ليلي فانه كان يفعله بالكوفة (وقالا يؤخذ الكفيل) أي لا يدفع اليهم حتى يكفلوا (والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود ولا نعلم له وارثا غيره) أما اذا ثبت بالاقراء فيؤخذ الكفيل

يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدرا الطحاوي مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان لم يتضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يجب حرمانا كالأب والابن فان كان ممن يجب بغيره كالأب والابن فان كان ممن يجب بنفسه كان ممن يجب بنفسه كالزوج والزوجة بدفع اليه أو فر النصبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله وأقله ما وهو الربع والثلث عند أبي يوسف رحمه الله وقول أبي حنيفة مضطرب فاذا كان ممن لا يجب ودفع الدار اليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع اليه قال أبو حنيفة رحمه الله لا يؤخذ ونسب القائل به الى الظلم قبل أراد به ان أي ليلي وقاله ذلك وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة

قال المصنف (واذا قسم الميراث) أقول فيه تسامح (قوله) ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره

أقول أو غير بما غيره كما يعلم من الوقاية وشرحه (قوله) هل يؤخذ منه كفيل الخ) أقول وفي الدرر بالنفس (قوله) وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة) أقول قال في النهاية قال الامام الترمذي في قول المودع لرجل هو ان الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأني في ذلك زمانا على حسب ما يرى وذكر بكر ان كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضا الى القاضي وقدرا الطحاوي مدة التلوم بالحول وان لم يظهر له وارث آخر أمر بدفع المال وبأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقبل يأخذ عند الكل لأن الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينه اه

لهما أن القاضي ناظر للغيب والظاهر أن في التركة وارثا غائبا أو غريبا غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاج بالكفالة كما إذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه وأعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولا يبي حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل لكن أثبت الشراء من في يده أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل

بالاتفاق وإذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأني القاضي سواء كان ذلك الوارث من يحجب أولا يحجب ولو قالوا الوارث له غيره فكذلك استحسانا ثم ماذا كرم من نفي الدفع إذا لم يقل الشهود لا نعلم له وارثا آخر هو قبيح إذا كان وارثا لا يحجب بغيره وتفصيل المسئلة في أدب القاضي للصدر الشهيد قال وإذا حضر الرجل وادعى دارا في يد رجل أنها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له وأقام على ذلك بيته ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا وتركها لورثته لا تقبل ولا يدفع اليه شيئا حتى يقيم بيته على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوما والقضاء بغير المعلوم متعذر وهنا ثلاثة فصول الاول هو ما إذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني أن يشهدوا أنه ابنه ووارثه لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضى بجميع التركة بلا تلوم الثالث أن يشهدوا أنه ابن فلان ماله هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه وبأخذ كفيلا عندهما ولا يأخذ عندهما أبي حنيفة رضي الله عنه ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال إذا كان من لا يحجب كالاب والابن فان كان يحجب بغيره كالجدة والابن والم لا يدفع اليه وان كان من يحجب بحجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه أقل النصيبين عند أبي يوسف وعند محمد وأفرهما وهو النصف للزوج والرابع للزوجة وقول أبي حنيفة مضطرب هذا إذا ثبت الدين والارث بالشهادة فأما إذا ثبت بالأقرار فيؤخذ التكفيل بالاتفاق ومن صورته ما إذا أقر المودع لرجل أنه ابن الميت ولم يرد عليه فالقاضي يتأني على حسب ما يرى ولا تقدير فيه وهو اليتيم بقول أبي حنيفة رحمه الله وهو أن ينتظر زمانا يغلب على ظنه أنه لو كان له ابن آخر لظهر وقدره الطحاوي بعام فان لم يظهر وارث آخر دفع المال وأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر قبل هذا أقولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل بأخذ عند الكل لان الثابت بالأقرار دون الثابت بالبينة (لهما أن القاضي ناظر للغيب) أي مأمور بالنظر لهم (والظاهر أن في التركة وارثا غائبا أو غريبا غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاج بالكفالة كما إذا دفع القاضي) (الآبق واللقطة الى) الذي أثبت عنده أنه (صاحبه) أخذ كفيلا لا المعنى الذي ذكرنا وهو أن القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه (و) كذا إذا (أعطى امرأة الغائب) يعني إذا كانت تستنفق أي تطلب (النفقة) وزوجها غائبا وله في يد رجل ودبعة وهو مقر بالزوجة والودبعة فالقاضي يعطيها (من ماله) وبأخذ كفيلا (ولا يبي حنيفة رحمه الله أن الحق ثابت قطعا) أي فيما إذا كان الوارث الآخر معدوما (أو ظاهرا) فيما إذا كان موجودا والقاضي لم يكلف باظهاره على وجهه بوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده (فلا يؤخر) الى زمان التكفيل (لحق موهوم) أدأت لولم يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظاهرا (كمن أثبت الشراء من في يده) لا يؤخذ كفيلا من المشتري بعدما أثبت شراءه بالحنة (و) لا يؤخذ التكفيل من رب الدين (الذي أثبت دينه على العبد) بالبينة (حتى يبيع) العبد (لأجل دينه) وان كان يتوهم حضور مشترا آخر

لهما أن القاضي ناظر للغيب ولا نظر بترك الاحتياط في أخذ التكفيل فيحتاج القاضي بأخذه كما إذا دفع القاضي العبد الآبق واللقطة الى رجل أثبت عنده أنه صاحبه فانه يأخذ منه كفيلا ولو أعطى نفقة امرأة الغائب إذا استنفقت في غيبته وله عند انسان ودبعة يقر به المودع وبقيام النكاح فانه يقرض لها النفقة وبأخذ منها كفيلا ولا يبي حنيفة أن حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث آخر يقيس أو ظاهرا ان كان له وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا أو ظاهرا لا يؤخر لموهوم كمن أثبت الشراء من ذي اليد أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع فيه فانه يدفع المبيع الى المشتري والدين الى المدعي من غير كفيل وان كان حضور مشترا آخر قبله وغريم آخر في حق العبد متوهم فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم الى زمان التكفيل

(قوله ولان المكفول له) دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كفل لاحد الغرماء فان قيل اذا أقربه ذواليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة مجهول أجيب بأنه اذا أقربه لم يبق له فيه مالا ولم يثبت للقر له بحجة كاملة فكان مظنة ان ثمة مالا كالاحالة وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له ونقل التمر ثلثي فيه خلافا فان ثبت فلا اشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا لبيت لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما هو هي من الميت غير متصورة وعورض بأن القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما رآه وفي ذلك تأخير لحق ثابت قطعاً وظاهراً كما ذكرتم لحق موهوم فدل على أن التأخير جائز وأجيب بأن التلوم ليس لحق الموهوم بل انما هو أمر يفعله القاضي لنفسه احتياطاً في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود ولا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة (٥٣١) على النفي باطلا بل خبر يستأنس به على نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس غنة طلب شيء زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله (بخلاف النفقة) جواب عما استشهد به من المسائل امام مسألة النفقة فدل ان التكفيل فيها لحق ثابت وهو ما يأخذ الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج مع معلوم أيضاً فصحت الكفالة (وأما الا ببق واللقطة ففي كل واحد منهما رواية) قال في رواية لا أحب أن يأخذ منه كفيلاً وقال في رواية أحب أن يأخذ منه كفيلاً قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح أن الرواية الاولى قول أبي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ وقال

ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم وأما الا ببق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع اللقطة بعلامة اللقطة أو اقرار العبد بكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع وقوله ظلم أي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض

قبله وغيره آخر للعبد (ولان المكفول له مجهول فهو ككفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت والزوج معلوم فأما الا ببق واللقطة ففي) أخذ (الكفيل روايتان عنه والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع اللقطة بعلامة أو اقرار العبد بكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع) مع السلامة و اقرار العبد بالابق لا يقال بأخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقض لانه ليس بخصم ولا يقال يأخذ لبيت لان حقه في تسليم ماله الى وارثه وقد أثبت وراثته فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل فان قيل القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع ذكره في الاسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم انما هو لتوهم وارث أو غيرهم آخر وبعد التلوم ما انقطع الشبهة فينبغي أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع الى الحاضر لقيام الحجة لان الحجة راجحة على الشبهة فأنظرنا ربخاتها في الدفع اليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق الكفيل علماً بالجهتين أجيب بأن العمل يجب بالحجة بعد قيامها لا بالشبهة وليس التكفيل كالتلوم لان التلوم اطلب علم زائده ليمتعه به بالقدر الممكن فان التلوم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فان هذا ليس بشهادة لانها على النفي بل هو خبر يؤكده ظن انتفاء غيره أما الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا يجوز الابتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم قال المصنف (وقوله ظلم) أي قول أبي حنيفة (يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض) انه قائل بأن كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جرهم الى هذا القول بوجوب الاصل فكان صيانة المجتهدين عن الخطأ وتقريرهم على الصواب واجبا وسبب نسبة هذا القول الى أبي حنيفة ما روى عنه انه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو جعل على ظاهره لكان متناقضاً اذ قوله والحق عند الله واحد يفيد أنه ليس كل مجتهد أصاب الحق والالكان الحق متعددا فلزم ان معنى قوله كل مجتهد مصيب أي يصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد فانه تعالى أوجب الاجتهاد على

(٦٦ - فتح القدير خامس) العتاي (ان دفع العبد باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع) قال المصنف (لان الحق غير ثابت) ولهذا كان له أن يمنع (قوله وقوله) أي قول أبي حنيفة (ظلم أي ميل عن سواء السبيل) انما ذكره تمهيداً لما ذكره بقوله (وهذا) أي اطلاق الظلم على المجتهد فيه (يكشف عن مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب) ويقصر أن مذهب أصحابنا المتقدمين براء عن مذهب أهل الاعتزال في أن كل مجتهد مصيب وادعائهم ان ذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه رحمه الله وقد قررنا ذلك في التقرير برعون الله تعالى مستوفى

(قوله أحب بأنه اذا أفسر به الخ) أقول فيما الجواب في مسألة الا ببق واللقطة ثم الكفالة تكون بالدين الصحيح (قوله وعورض بأن القاضي الخ) أقول ويمكن توجيهه تنظيراً كما لا يخفى (قوله وأجيب بأن التلوم ليس لحق الموهوم) أقول ألا ترى أن الوهم موجود وان قال الشهود لا نعلمه وارثاً آخر

قال (واذا كانت الدار في يد رجل الخ) دار في يد رجل أقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يدي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كقبيل وهذا أي ترك النصف الآخر في يدي من في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عدم الاستيثاق بالكفيل ههنا فبالاجماع وقالوا من في يده الدار ان كان جاحدا أخذ منه النصف الآخر وجعل في يدي أمين والآخر في يدي لان الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير في يده والمقر أمين فيجوز أن يترك المال بيده ولا يبي حنيفة أن القضاء وقع لليت مقصودا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر فيمن المقضى بيده كونه مختار له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا تنقض بيده بيد من هو غير مختار له وانما قال واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى (٥٣٣) به كما اذا كان من بيده مقرا فانه انما يترك الباقي بيده كذلك (قوله وبحجوده)

جواب عما ذكره وجهه أن الخيانة بالجحود اما أن تكون باعتماد من مضي أو ماسيا في الاول فدارت رفع بقضاء القاضي فكذلك لازمه والثاني ظاهر لعدم لأن الحادثة لما صارت معلومة للقاضي ولم يسهده ذلك وكتبت في الخريطة الظاهر أن لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة لا يقال موت القاضي والشهود ونسب ما ينحل العادة واحتراف الخريطة أمور محتملة فكان الجحود محتملا لأن ذلك نادر والنادر لاحكم له ولو كانت الدعوى في منقول والمثلية بحالها (فقد قيل بنزع من يده) النصف الآخر (بالاتفاق) والفرق بينه وبين العقار أن المنقول يحتاج فيه إلى الحفظ وما يحتاج فيه إلى الحفظ فالنزع أبلغ فيه أما أنه يحتاج فيه إلى الحفظ

قال (واذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يدي الذي هي في يده ولا يستوفى منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة وقالوا ان كان الذي هي في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يدي أمين وان لم يجحد ترك في يده) لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه أمين وله أن القضاء وقع لليت مقصودا واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا تنقض بيده كما اذا كان مقرا وبحجوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له والقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه بحاله بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها واولا (بمع) فاقبعت عليه البينة (أخذ منه) النصف (فوضع على يدي أمين وان لم يكن يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن) ظهرت خيانتها بالجحد (فلا يترك في يده) لقرب أن يتصرف فيه اما لاعتقاده أنه ملكه وان البينة كذبة أو للخيانة (بخلاف ما لو أقر) أنها مال الميت مودع عنده فانه لم تظهر منه خيانة وقد رخصه الميت فكان أولى بحفظها (ولا يبي حنيفة أن القضاء) انما يقع (أولا) (اليت مقصودا) لانه بعد ثبوت انه ماله حينئذ تقضى ديونه ويقسم المال (وكونه مختار الميت ثابت) مع جحده (فلا تنقض بيده كالمقر وبحجوده قد ارتفع بقضاء القاضي) به الميت (والظاهر عدم جحوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له والقاضي) وموت القاضي وعزله قبل أن يصل الغائب وكذا احتراق المحضر والتلف نادرا لا يوجب اختلاف الحكم لندرته (فلو كانت الدعوى في منقول) وأنكر والباقي بحاله (فقد قيل يؤخذ منه) النصف (بالاتفاق لانه يحتاج إلى الحفظ والنزع أبلغ في الحفظ) من تركه في يده انما يتصرف فيه مة أولا كما ذكرنا أو خيانة (بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها واولا) أي ولا جمل أن المنقول يحتاج إلى الحفظ دون العقار والنزع أبلغ في حفظه من تركه (بملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا وصي الام والاخ

فلانه ليس بمحض بنفسه اقبول الاتصال من محل إلى محل أو ما أن النزع أبلغ فيه فلا نزع أبلغ في الحفظ والام لانه لم يجحد من يسهده لم يتصرف لخيانته أو لزمه أنه ملكه واذا نزعها الحاكم ووضعها في يدي أمين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا بخلاف العقار فانهم محصنة بنفسها واولا هذا ملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا وصي الام والاخ

قال المصنف (والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له الخ) أقول قال في الكافي أي الذي اليد وجحوده باعتبار اشتباه الامر عليه وقد زال اه يعني ان الظاهر ذلك وأنت خبير بأنه يفهم من ذلك إمكان منع قولهما ان الجاحد خائن قال المصنف (والنزع أبلغ فيه) أقول أي في المنقول كذا في معراج الدراية والنهاية الظاهر أن يقال أي في الحفظ كما يدل عليه تقرير الكافي (قوله) أولزمه أنه ملكه) أقول أي ان كان عدلا

والعم على الصغير ) وانما خصهم بالذكور لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من باب (ومن المشايخ من قال المنقول أيضا على الخلاف وقول أبي حنيفة فيه أظهر ) بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه ولو أخذ منه لم يكن مضمونا على الذي يضعه القاضي في يده فكان التركة تبلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل انه لما جحد من في يده بما يتصرف لخيانته أولزمه أنه ملكه ساقط العبرة بنظر الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخريطة وذلك ثابت مقتضى ثبوت الخلاف في العقار فسطا الفرق (قوله وانما يؤخذ الكفيل) راجع الى قوله ولا يستوفى منه بكفيل ومعناه أخذ الكفيل انشاء خصومة لأن من بيده الباقي قد لا تسمح نفسه باعطائه والقاضي يطالبه به فينشئ الخصومة والقاضي لم ينصب لانشاء ما بل لقطعها فان قيل هب أن القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه قلت يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فصار قضاء رافعا لشي كان منشأه هذا خلاف (قوله واذا حضر الغائب) اختلف المشايخ في وجوب إعادة البيعة اذا حضر ففهم من قال بذلك على قياس قول أبي حنيفة في القصاص اذا أقام الحاضر البيعة على أنه قتل أباه عداثم حضر الغائب فإنه يحتاج الى اعادتهم او منهم من نفاه وهو اختيار المصنف قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح (لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقي فيما يستحق للبيعة مطلقا وعليه) ان كان الكل بيده كما سمع (٥٣٣) (دينا كان أو عينا لأن المقتضى له وعليه في

الحقيقة انما هو الميت) لماذا كرنا (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك) كالوكيل بالخصومة اذا غاب أحدهما كان للآخر ان يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على أحدهم ديناً على الميت وأقام عليه البيعة ثبت في حق الكل وكذا اذا ادعى أحدهم ديناً للميت على رجل وأقام عليه البيعة ثبت في حق الكل فان قيل لو صلح أحدهم للخلافة لكان كالميت وحازله استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع أجاب بقوله (بخلاف

والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف أيضا وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشاءها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى إعادة البيعة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقي فيما يستحق له وعليه ديناً كان أو عينا لان المقتضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائباً عن غيره ولهذا لا يستوفى الا نصيبه وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت

والعم على الصغير ) على بيع المنقول مع أن هؤلاء ليس لهم ولاية في المال (وقيل المنقول على الخلاف أيضا) عنده يترك في يد الذي جحد وعندهما يؤخذ منه (وانما لا يؤخذ الكفيل) على قول أبي حنيفة من الذي هي في يده (لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها) وهذا لا يبعد كفيلا أو لا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالبه به فتشور الخصومة (ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى إعادة البيعة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء) الكائن في غيبته (لان أحد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم ديناً كان أو عينا) فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثة وهذا منهم وقوله (لان المقتضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة) على ما ذكرنا من قريب (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء) أي استيفاء نصيبه (لانه عامل فيه لنفسه) لا للميت (فلا يصلح نائباً عن غيره فلهذا لا يستوفى الا نصيب نفسه وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت)

الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائباً عن غيره) ولقائل أن يقول فليكن عامل لنفسه في نصيبه ونائباً عن غيره فمما زاد ولا محذور فيه وجوابه أن السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التمسك وقوله (وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت) أي بين الميت أو عليه كذا ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره مأمور

(قوله فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه) أقول يعني لجوده السابق وفيه بحث فانه قد ارتفع مع لازمه الذي هو الخيانة بقضاء القاضي كما صرح به آنفاً فينبغي أن لا يضمن (قوله ومعناه أخذ الكفيل) أقول الأولى طلب الكفيل (قوله والقاضي يطالبه به) أقول فيه إشارة الى أن ما في النهاية من قوله والاخ الحاضر يطالبه بالكفيل ليس على ما ينبغي لعدم مطابقة المشروح (قوله فان قيل هب الخ) أقول ويمكن أن يجاب بأن الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء ملكه فليس له المطالبة بالكفيل (قوله وهو مشروع لقطع الخ) أقول لقطع الخصومة المتقدمة ثم أقول فيه بحث لأنه ان أراد كيا فممنوع ألا يرى الى ضمان الدرك وان أراد جرياً فممنوع ولا يفيد الاهم الآن يخص بحيث يشمل محل النزاع ثم لا نسلم انه ليس ههنا خصومة متقدمة الا أن يقال ارتفع ذلك بقضاء القاضي فليست أم (قوله اذا أقام الحاضر البيعة الخ) أقول التفصيل في باب الشهادة في القتل (قوله وجوابه أن السائل الخ) أقول اعتراف بورود السؤال على كلام المصنف والتجاء الى جواب آخر وأنت تعلم ان كونه نائباً عن غيره فرع التوكيل من الغير ولم يوجد فليست أم ولا مجال لقيامه مقام الميت لأن الاستيفاء ليس له بخلاف الإثبات فليست أم

ما يملكه من أجناس الأموال  
التي تجب فيها الزكاة كالمتقدين  
والسوانم وأموال التجار وبلغ  
النصاب أولاً لأن المعتبر هو  
جنس مال الزكاة والقليل  
منه ولهذا قالوا إذا نذر أن  
يتصدق بماله وعليه دين  
يحيط بماله لزمه التصديق به  
فإن قضى به دينه لزمه  
التصدق بقدره عند تملكه  
لأن المعتبر جنس ما تجب  
فيه الزكاة وإن لم تجب الزكاة  
ولا يجب التصديق بالأموال  
التي لا تجب في جنسها الزكاة  
كالعقار والرقيق وأثاث  
المنازل وثياب البدلة وغير  
ذلك (وإن أوصى بثلث ماله  
فهو على كل شيء والقياس)  
في الأول أيضاً (أن يقع على  
كل شيء كما قال به زفر) لأن  
اسم المال عام يتناول الجميع  
(وجه الاستحسان أن  
إيجاب العبد معتبر بإيجاب  
الله) إذ ليس للعبد ولاية  
الإيجاب مستبداً به لئلا  
يترك إلى الشركة

( قوله يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً الخ ) أقول فيه أنه يجب أن يكون المراد دعوى العين فإن الدين يثبت على الوارث الحاضر وغيره وإن لم تكن في يد

الحاضر شق على ماض حوا ويمكن أن يحجب بأن المراد يكون خصما في جميع الدين في حق الاستحقاق عليه وما  
ويقتصر القضاء بالاستحقاق عليه على ما فيه فليأمل قال المصنف (ومن قال مالي في المساكين الخ) أقول وفي إيراد مسئلة التذرفي  
فصل القضاء بالموارث نظر وإلهذا كرها باعتبار الفرق بينهما وبين الوصية التي هي أخت الميراث (قوله وجه الاستحسان أن إيجاب العبد  
معتبر الخ) أقول ليس معناه أن إيجاب العبد معتبر من كل الوجوه بإيجاب الله تعالى واللا يوجب له التصديق بكل ماله وهو ظاهر

واجباب الشرع في المال من الصدقات مضاف الى اموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعشكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شئ وهو معتبر لانه ثبت في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات اولانه في معنى الصلاة لانه لا تنظر اوقات الصلاة ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنظر للصلاة كانه في الصلاة (أما الوصية فهي أخت الميراث لانها خلافة كالوراثه) من حيث انهما يشتملان المال بعد الموت (ولا يختص الميراث بمال دون مال) في الشرع فكذا الوصية (قوله ولان الظاهر) دليل آخر يعني أن الظاهر من حال الناذر (التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة) لان الحياة مظنة الحاجة الى ما تقوم به حوائجها الاصلية فيختص النذر بمال الزكاة (أما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فتصرف الى الكل والارض العشرية تدخل (٥٣٥) في النذر عند أبي يوسف رحمه الله لانها

سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة) في العشر فصارت الارض العشرية كاموال التجارة لانها من جنس الاموال الى نجب فيها الصدقة (ولا تدخل عند محمد) وذكر الامام الترمذي قول أبي حنيفة مع محمد رحمه الله (لانه) أي الارض العشرية والتذ كبير لتذ كبير الخبر (سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده) فصارت مثل عبد الخدمه (وأما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانه يتعمد مؤنة) لان مصرفه المقاتلة وفيهم الاغنياء (ولو قال ما أملك صدقة في المساكن فقد قيل يتناول كل مال) زكوايا وغيره وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ذكرها في الامالي لان ما أملك أعم من مالي لأن الملاك يطلق على المال وغيره يقال ملاك النكاح وملك القصاص وملك النفقة والمال لا يطلق

أما الوصية فأخت الميراث لانها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة (أما الوصية تقع في حال الاستغناء فتصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل أرض الخراج بالاجماع لانه يختص مؤنة ولو قال ما أملك صدقة في المساكن فقد قيل يتناول كل مال لانه أعم من لفظ المال والمفيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا يختص في لفظ المالك فيقي على العموم

وما أوجب به التصديق كره بلفظ العموم وعلق ايجاب ببعضه قال تعالى خذ من أموالهم صدقة ولم يعم كل مال وهذا بناء على أن مقتضى اللفظ انما يصدق بالاخذ من كل مال وذكرنا في الاصول ان بالاخذ من جنس الاموال يصدق باننا أخذنا أموالهم حقيقة وانما ذلك قول الشافعي والاحسن أن حمله على العموم مخالف للشرع اذ منع منه قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فوجب تقيدها ببعضها ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى اياها بايجاب التصديق منها وأما قوله عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه لا ينافية لان اخراج ما ذكرنا من أجناس المال طاعة وانما يلزم لو قيد بجميع ما لا ينظر به وهو منتف بزوم المعصية وحديث أبي لبابة ليس فيه تصريح باننا نذر ذلك فهو على انه نوى ذلك وقصده (أما الوصية فجر بنا فيها على نحو ذلك أيضا قلنا لو وصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لان في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المفسوح له فيه مع وجود الورثة وأما نفاذه في الكل اذ لم يكن له ورثة فلا تنافي انما يجب ذلك في حال استغنائه بماوت فانتفى المانع الشرعي وهذا لان النهي ما كان في حالة الحياة الا لقيام حاجته الناجزة في الحياة وعدم البداءة بنفسه المأمور بها في قوله صلى الله عليه وسلم ابد بنفسك ثم بمن تعول فيؤدى الى ضيق نفسه وحرجه او هو قد يكون سبب المعصية وهذا المعنى منتف بعد الموت وقول المصنف (ولان الظاهر انه انما يلزم الصدقة الخ) يصلح تقرير الابداء المخصص يعني أن العموم وان كان ثابتا لكن هنامعني يخصه وهو أن الظاهر من ارسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم فكان ظاهرا في ارادة المخصوص وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عموم هو ايضامن ابداء المخصص وهذا من أفراد ترك الحقيقة بدلالة وهل تدخل الارض العشرية فيجب التصديق بها عند أبي يوسف نعم لان جهة الصدقة غالبية في العشر وروى ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لان جهة المؤنة غالبية عنده ولا تدخل الخراجية اتفاقا لعرض الخراج مؤنة ولذا وجب في أرض الصبي والوقف (ولو) كان (قال ما أملك صدقة قيل يجب الكل)

على ما ليس بمال واذا كان أعم ينصرف الى غير أموال الزكاة أيضا اظهر ان زيادة عمومه فان قيل الصدقة بالاموال مفيدة في الشرع بأموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية اجاب (بأن المقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال ولا يختص في لفظة المالك فيقي على العموم) وفيه نظر لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع

(قوله واجباب الشرع في المال الخ) أقول اذا عبر عنه بلفظ المال كقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة (قوله فكذا ايجاب العبد) أقول اذا أضاف ايجاب الى لفظ المال (قوله وفيه نظر) لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع) أقول ممنوع فان ايجاب الله تعالى الصدقة في جنس الاملاك يكفي لا اعتبار ايجاب العبد به كما في ايجاب الاعشكاف على ما مر آنفا نرى أنه لو قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة ينصرف الى مال الزكاة والبذلة والمهنة كما صرح به في النهاية مع انه ليس من الله تعالى ايجاب على هذا الوجه فليتأمل

(والصحيح أنهما) أي لفظ مالي وما أمالك (سواء) فيما نحن فيه فيختصان بالانوار الزكوية وهو اختيار الامام شمس الأئمة السرخسي (لأن المترجم باللفظين الفاضل عن الحاجة) قال في النهاية إن قوله (على ما مر) إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله إن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وليس بواضح لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله والمفيد إيجاب الشرع وهو لفظ المال ولعله إشارة إلى قوله ولأن الظاهر التزام الصدقة من (٥٣٦) فاضل ماله وقد قررناه من قبل فأرجع إليه (ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل

والصحيح أنهم سواء لأن المترجم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب بمسك من ذلك قوته ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بمسك لأن حاجته هذه مقدمة ولم يقدر محمد بشي لا اختلاف أحوال الناس فيه وقيل المحترف بمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال وعلى هذا صاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع إليه ماله قال (ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضاً أن الوصاية آتية بعد الموت فتعتبر بالآتية قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافه لاضافتها إلى زمان بطلان الآتية

لأن المقيّد في الشرع المذکور بلفظ المال قال المصنف (والصحيح أنهم سواء لأن المترجم باللفظين الفاضل عن الحاجة) وهذا يؤيد ذلك بقصد هدم إلى التخصيص بذلك المعنى بقليل تأمل وكان مقتضى ما ذكر في اللفظين أن يثبت مثله في قوله لله على أن أهدي جميع مالي أو جميع ملكي الآن الطحاوي ذكر أنه يجب الكل بخلاف ما لو حلف به فقال إن فعلت كذا لله على أن أهدي جميع مالي حيث يجب الكل بلا إشكال لأن عقد اليمين يمنع النفس عن المذکور بالتزام ما يكرهه على تقديره فانفتح باب إرادة العموم الآن هذا على جعل المخصص المعنى الذي عينه المصنف وأما على جعله لزوم المعصية فيجب أن يخص أيضاً فكان تعويلهم ليس عليه وقوله (على ما مر) يريد وجه الاستحسان هذا (ثم إذا لم يكن له مال إلا ما دخل تحت الإيجاب) يعني مال الزكاة على بعد ذلك (بمسك منه قوته) ويتصدق بما سواء (وإذا استفاد شيئاً تصدق بقدر ما أمسك ولم يقدر محمد) مقداراً في أصل المبسوط (لاختلاف أحوال الناس) من قوته العيال وكثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار (وقيل المحترف بمسك ليوم) لأنه يكتسب يوماً فيوماً (وصاحب الغلة) وهو من له حوائث أو دور يجنيهاً بمسك (شهر) لأن يده تصل إلى نفقته بعد شهر (وصاحب الضياع لسنة) لأن غلتها كذلك وأما في عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يؤجرها بدارهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينبغي أن يمسك إلى تمام أربعة أشهر (وعلى هذا فصاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع إليه ماله) (قوله ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فالبيع جائز وهو وصي) بخلاف الوكيل إذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لأنه لا يصير وكيله حتى يعلم (وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضاً أن الوصاية آتية) أي استنبابة والمعروف من اللغة في الآتية أنها هو معنى الرجوع والافلاخ من أناب إلى الله واستدل في النهاية أنها بمعنى الاستنبابة باستعمال الرخصى لها كذلك في تفسير سورة الروم والرخصى نفسه يفعل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة روايته فربما يستشهد ببين لابي تمام وأبي الطيب (ووجه الفرق على ظاهر الرواية) بين الوصاية والتوكيل (أن الوصاية خلافة) في التصرف عن الميت كالوفاة فلا تتوقف على العلم كالوكالة (لاضافتها) إلى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ولذا الوكيل باع شيئاً ثم ظهر موت المورث ظهر نفاذه حين صدر الوصاية استخلاف مضاف (إلى) ما بعد الموت أيضاً وهو (زمان بطلان الآتية

تحت الإيجاب بمسك من ذلك - ونه لان حاجته هذه مقدمة) اذ لو لم يمسك لاحتجاج أن يسأل الناس من يومه - وقبيح أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه - (ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بما أمسك ولم يبين محمد) في المبسوط (مقدار ما يمسك لاختلاف أحوال الناس فيه) بكثرة العيال وقتلها (وقيل المحترف بمسك قوته يومه) لأن يده تصل إلى ما ينفق يوماً فيوماً (وصاحب الغلة) وهو صاحب الدور والحوائث والبيوت التي يؤجرها للانسان (شهر) لأن يده تصل إلى ما ينفق شهراً شهراً (وصاحب الضياع لسنة) لأن يده الدهقان تصل إلى ما ينفق سنة فسنه (وصاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع إليه ماله) وفي إيراد مسألة الذر فيما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظير ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث قال (ومن أوصى إليه ولم يعلم الخ) وجه إيراد مسألة الوكالة في فصل

القضاء في المواريث ما ذكرنا آنفاً ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي وبيعه جائز وإذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن أبي يوسف أنه اعتبر بالاول والثاني لأن وصف الآتية أي النيابة جامع فإن الوصاية آتية بعد الموت والوكالة آتية قبله وكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن الوصاية خلافة لآتية لانها مضافة إلى زمان بطلان النيابة فلا

الخلاف لا يتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بوث الموت فانه صحيح بخلاف الوكالة فانها انما تقام بالعلم ولاية المستنيب والالابة تتوقف على العلم لانها لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقفت على علمه فان لم يجز الموصى فان قيل اذا قال رجل اشترع عبدى من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه أجيب بأنه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز أنه ثبت ضمنا والكلام في الوكالة ثبت قصدا وهذا كما اذا قال بايعوا عبدى ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احدهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوته ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام من أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغامس لم لا أو على اضداد ذلك بعدما كان (٥٣٧) ممتزا جاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام

أمر أى اطلاق محض لا يشتمل على شئ من الالزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف وأما التمسك عن الوكالة فلا بد حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل عنده أى حنفية رحمه الله وقال هو والاول سواء لانه من جنس المعاملات وحسبها ثبت بخبر الواحد الفاسق كالأول والاذن العبدى في التجارة ولا ي حنفية أنه خبر ملزم أما أنه خبر فلا بد كلام يحتتمل الكذب يحصل به الاعلام وأما أنه ملزم فلا بد ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها والنظر الى ما فيه من نوع الزام كان في معناها فيشترط أحد شرطي الشهادة وهو العدد أو العدالة عملا بالوجهين بخلاف الاول فانه لم يكن

فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فانها لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانها لو توقفت لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصى (ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لانه اثبات حق لا الزام أمر قال (ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجهه فيشترط أحد شرطيها وهو العدد أو العدد بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسل

فلا يتوقف على العلم كالورثة (لقيام ولاية المنوب عنه) ولهذا ينزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم (وهذا لانه اذا وقفنا على العلم لا يفوت النظر) لقيام ولاية الموكل وقدرته (وفي الاول يفوت لعجز الموصى) بالموت وهذا اذا ثبتت الوكالة قصدا أما اذا ثبتت في ضمن الامر بالفعل ففيه روايتان وذلك مثل أن يقول لعبدى اذهب الى فلان يبيعك أولا أمر أنه اذهب الى فلان يطلق أو اذهب بعبدى الى فلان فيبيعه منه فذهب كما أخبره ففعل ذكر محمد في كتاب الوكالة انه جائز وذكر في الزيادات انه لا يجوز فكان فيه روايتان في احدهما لا يتوقف على العلم وفي أخرى لا بد من العلم وذكر في المأذون ما وافق الاول وهو انه اذا قال للناس بايعوا عبدى فأتى في التجارة فبايعوه جاز مع انه لا علم للعبد بالاذن واذا توقفت الوكالة على العلم قلنا ذكر بما يحصل العلم المثبت للوكالة فقال (كل من أعلمه بالوكالة جاز به تصرفه) بشرط كونه غير رجلا كان أو امرأة فاسقا كان أو عدلا مسلما كان أو ذميا وقال الشافعي وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلا لانها تتضمن عقدا كغيره من العقود (لانه) تسليط على مال الغير قلنا (انه اثبات حق) هو حق أن يتصرف (لا الزام أمر) فانه مختار في القول وعدمه وكان كقبول الهدية عن ذكر انما على يده وهو محل الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقي ويشترى من الكافر (وأما العزل عن الوكيل فانه عندهما هو والاخبار بها سواء وعند أبى حنيفة لا يثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل أو شاهدان) أى مخبران لان لفظة الشهادة ليست بشرط عدل أو لم يعدلا (وجه قولهما من المعاملات وبالواحد فيها كفاية) وروى الحسن عنه أنه لا بد من عدل المخبر واحدا كان أو أكثر وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني وزعم انه مذهب أبى حنيفة وقال معنى اطلاق الكتاب أن لا يعلم حالهما إلا أن يعلمهما بالنسبة وقيل بل هو على اطلاقه لان تأثير العدد فوق تأثير العدالة الا ترى ان القضاء بواحد عدل لا ينفذ وبفاسقين ينفذ بطريق أولى يثبت به وهو الصحيح (وهذا لانه خبر ملزم) أى من كل وجه فانه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجه وما قيل ملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اطلاق أن يراد بالملزم من

فيه الزام أصلا لم يكن في معناها أصلا فلم يشترط فيه شئ من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه أيضا شئ من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسل اذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله

(قوله انه ثبت ضمنا) أقول أى في ضمن أمر الحاضر بالتصرف (قوله والى الكلام في الوكالة ثبت قصدا) أقول قوله ثبت حال قال المصنف (فيشترط الى قوله أو العدالة) أقول فيه اشارة الى أن العدالة لا تشترط في العدد وان قوله عدل صفة رجل قال في التلويح وهو الاصح (قوله كعبارة المرسل للحاجة) أقول فكلا لا تشترط العدالة في المرسل لا تشترط في الرسول أيضا (قوله اذ ربما لا يتفق الخ) أقول على لكون عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسل

(قوله وعلى هذا الخلاف) يعني النسخ كره بين أبي حنيفة وصاحبيه في اشتراط أحد شرطيهما في إيجابه الزام المسائل المذكورة قال في النهاية انهاست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد في المبسوط واثنان ذكرهما في النوادر والسادسة فاسألهما المشايخ عليها والمصنف ترك منها مسألة أما الأولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون إذا أخبره واحد بالخبر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت بالخبر صدق العبد أو كذب وإن كان فاسقا وكذبه ثبت عندهم أخلاقا له وقيد بتلقائه نفسه لأن حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة لم يذكرها المصنف ههنا والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعده بعقوبة أو بيع كان اختيارا منه (٥٣٨) للفداء وإن أخبره فاسق وصدقه فكذلك والافعلي الاختلاف عنده لا يكون اختيارا

وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجنايته عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر اليها قال (وإذا باع القاضي أو أمينه عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعده عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري

كل وجه ما كان الزام على خصم منك بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم ولم يكن هذا الزام كذلك كان الزام فيه قصور وجوب الضمان لو تصرف بناء على الزام من وجهه ثم يكتفي لاشتراط العدد أو العدالة كونه ملتزما من وجه بالمعنى الذي ذكرنا بخلاف الاعلام بالو كانه لم يكن فيه الزام أصلا لم يلزم أحد شرطى الشهادة وأجمعوا على أن الخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه ينزل (قوله وعلى هذا إذا أخبر المولى بجنايته عبده الخ) هذه ست مسائل ذكر محمد منها ثلاثة في الأصل واثنين في النوادر والسادسة فاسألهما مشايخنا على هذه أما الثلاثة فأحدها عزل الوكيل والثانية العبد المأذون إذا أخبره واحد بالخبر ان كان رسولاً ينحصر فاسقا كان أو عدلا وإن كان فضولياً يشترط أحد شرطى الشهادة فينجبر صدقه العبد أو كذبه وإن كان فاسقا ان صدقه انجبر والافعلي المسئلة على الخلاف والثالثة العبد إذا جنى جناية ولم يعلمه المولى حتى أعترفه أو باعه يلزمه الأقل من قيمته ومن الدية فإن أخبره واحد بالجناية فكذلك إن كان فاسقا ان صدقه ثم باع أو أعترف بصير مختارا للدية وإن كذبه فهو على الخلاف عند أبي حنيفة لا يكون مختارا للدية وعندهما يصير مختارا لها وأما اثنان في النوادر فأحدهما الحرى إذا أسلم في دار الحرب فأخبره إنسان بما عليه من الفرائض إن كان الخبر عدلا أو أخبره اثنان لزمتهم حتى لو ترك شيئا منها كان عليه قضاءه أجماعا وإن كان فاسقا فإن صدقه فكذلك وإن كذبه فعلى الخلاف قال شمس الأئمة السرخسي الأصح عندي أنه يلزمه القضاء ههنا اتفاقا لأن الخبر له رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظرد كرهنا في كتابنا المسمى ببحر الأصول والثانية الشفيع إذا أخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا إن أخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وإن كذبه فهي على الخلاف فإذا سكت لا تبطل شفيعته عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة البكر إذا زوجت بلا استئذان فأخبرت فسكت فهو على ما ذكرنا من الوجوه (قوله وإذا باع القاضي أو أمينه عبدا للغرماء) أي لاجلهم ليوفي ديونهم التي كانت على الميت (وأخذ المال) أي الثمن (فضاع) عنده (ثم استحق العبد) أو مات قبل قبض المشتري (لم يضمن) القاضي ولا أمينه للمشتري شيئا (لأن أمين القاضي بمنزلة القاضي والقاضي كالامام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعده الناس عن قبول هذه الامانة) إذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء (يرجع) بالثمن

خلافهما وأولى النوادر المسلم الذي لم يهاجر إذا أخبره اثنان أو عدل بما عليه من الفرائض لزمتهم وبتركها يجب عليه القضاء وإن أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه وثانها الشفيع إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع فسكت سقطت وإن أخبره فاسق به وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة إذا بلغ البكر تزويج الولى فسكت فإن أخبره اثنان أو عدل كان رضا بلا خلاف وإن أخبرها فاسق فعلى الاختلاف قال (وإذا باع القاضي أو أمينه عبدا للغرماء) إذا باع القاضي أو أمينه عبد الميت لاجل أصحاب الديون (وقبض الثمن فضع الثمن واستحق العبد لم يضمن) العاقد وهو القاضي أو أمينه (لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام

(على)

والامام لا يضمن كي لا يتقاعده عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري

(قوله والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل الخ) أقول قوله اثنان أي فضوليان وقوله أو واحد أي فضولي (قوله إذا أخبر المولى اثنان أو واحد عدل الخ) أقول وفي كشف البرذوى قال عليه الصلاة والسلام نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها إلى من لم يسمعهما وفي حديث آخر ألا فيبلغ الشاهد الغائب اه والأولى الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام بلغوا عني ولو آية فليتام (قوله وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه) أقول لعدم اشتراط العدالة في الرسول

على الغرماء لأن البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم) ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري إذا تعذر الرجوع على العاقد (كما إذا كان العاقد صبيًا مجبورًا أو عبداً) (محبوراً عليه) وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا في مرجع المشتري على الغرماء (فإن أمر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع الثمن يرجع (٥٣٩) المشتري على الوصي لأنه عاقد نيابة) فإن

أوصى إليه الميت قطاهر وإن أقامه القاضي فكذلك لأن القاضي إنما أقامه نائباً عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المتوب عنه (فصار كما إذا

باعه) الميت (بنفسه) في حياته وفي ذلك كان يرجع المشتري

عليه فههنا يرجع على من قام مقامه (ثم يرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه يدينه) أي يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال ففيه اختلاف (فالواحد يجوز أن يرجع بذلك أيضاً لأن هذا الضمان لحقه في أمر الميت) وقيل ليس له ذلك لأنه إنما ضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره (والوارث إذا بيع له كان بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في الشركة دين كان العاقد عاملاً له)

فصل آخر في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو أن قول القاضي بانقراده قبل العزل وبعده مقبول أولاً قال (وإذا قال القاضي

على الغرماء لأن البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما إذا كان العاقد مجبوراً عليه ولهذا يباع بطلبهم) (وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال يرجع المشتري على الوصي) لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان باقاً في القاضي عنه فصار كما إذا باعه بنفسه قال (ورجع الوصي على الغرماء) لأنه عامل لهم وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه يدينه قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً لأنه لحقه في أمر الميت والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في الشركة دين كان العاقد عاملاً له

فصل آخر (وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) وعن محمد رحمه الله أنه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الحجة

(على الغرماء) أو الغريم (لأن البيع) والنصرف (واقع لاجلهم) فترجع العهدة عليهم وصار (كما إذا كان العاقد مجبوراً عليه) عبداً أو صبيًا يعقل البيع وكله رجل يبيع ماله جاز العقد بما شرته ما ولا تتعلق الحقوق بمابل عموكهم لأن التزام العهدة لا يصح منهم القصور الأهلية في الصبي وحق السيد في العبد والأصل أنه إذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تتعلق بأقرب الناس إلى العقد وأقرب الناس في مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم ألا يرى أن القاضي لا يأمر الوصي أو أمينه بالبيع حتى يطلب الغريم فلذا يرجع المشتري بالثمن عليه عند الاستحقاق (ولو كان البائع الوصي يرجع المشتري عليه بالثمن لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان باقاً في القاضي إياه عنه ثم الوصي يرجع به على الغريم) وكذا الوبايع الوصي العبد لنفقة الوارث فإن المشتري يرجع على الوصي والوصي يرجع على الوارث لما قلنا أن البيع لاجله وهو الذي ينتفع به فلو كان الوارث صغيراً نصب القاضي عنه من يقضي دينه (فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه يدينه) بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشتري قال المصنف (فالواحد يجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً) يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة (لأنه لحقه) ذلك (في أمر الميت) وينبغي أن يكون هذا بالاتفاق أعني جواز أن يقال وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف قيل نعم وقال مجيد الأئمة السرخسي لا يأخذ في الصحيح من الجواب لأن الغريم إنما ضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره وفي الكافي الأصح الرجوع لأنه قضى ذلك وهو مضطرب فيه فقد اختلف في التصحيح كما سمعت

فصل آخر لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع إلى أصل واحد وهو أن قول القاضي بانقراده هل يقبل مولى ومعرز ولا آخره (قوله) وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) بمجرد اخباره هذا (وعن محمد رحمه الله أنه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الحجة) التي عنها حكيم فيه بذلك قال الفقيه أبو الميت روى عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه قال لا يسهه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضوره وزاد جماعة على هذا فقالوا أو يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك وهذا يفيد أن القاضي يشهد وليس معناه إلا أن يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد الأعلى حكم القاضي والا كان القاضي شاهداً على فعل نفسه وليس ههنا من يشهد عنده إلا الأمور باقاة الحد وهذا بعيد في العادة أعني أن يشهد القاضي

قد قضيت الخ) إذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه

(٦٧ - فتح القدير خامس)

أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد أنه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله ما لم تكن الشهادة بحضورك وهو رواية ابن سماعة عنه

فصل آخر (قوله ما لم تكن الشهادة بحضورك) أقول أو الإقرار بحضورك

لأن قوله يحتمل الغلط والتدراك غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاء زماننا وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا  
 لأنهم تركوها فيه للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية أن القاضي أخبر عما يملك إنشاءه لأن المتولي يتمكن من إنشاء القضاء ومن يتمكن  
 من الانشاء عما أخبر به لم يتم في خبره وفيه بحث وهو أنه متمكن من ذلك بحجة أو بدونها والثاني ممنوع والأول يحرج إلى غير ظاهر الرواية من  
 معانة الخجة ولأن القاضي من أولى الأمور وطاعة أولى الأمر واجبة وفي تصديقه طاعته فحب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز  
 الاعتماد على قوله من غير استفسار وقالوا به ( ٥٣٠ ) إذا كان القاضي عدلا فقاما وعلى هذا تنافي الأقسام العقلية كما قال الآمام أبو منصور

لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدراك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ  
 هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا إلا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية أنه أخبر  
 عن أمر يملك إنشاءه فيقبل خلوه عن التهمة ولأن طاعة أولى الأمر واجبة وفي تصديقه طاعته وقال الآمام  
 أبو منصور رحمه الله أن كان عدلا عالميا يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة وأن كان عدلا جاهلا  
 يستفسر فإن أحسن التفسير وجب تصديقه والافلا وان كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل إلا أن  
 يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة قال (واذ اعزل القاضي فقال لرجل

فان كان عدلا عالميا يقبل  
 قوله لعدم تهمة الخطأ العلم  
 والخيانة لعدالته وهذا  
 القسم لا يحتاج الى الاستفسار  
 بالاتفاق وان كان عدلا  
 جاهلا يستفسر عن قضائه  
 لبقاء تهمة الخطأ فان  
 أحسن تفسير القضاء بأن  
 فسر على وجه اقتضاه  
 الشرع مثل أن يقول  
 مثلا استفسرت المقر بالزنا  
 كما هو المعروف فيه وحكت  
 عليه بالرحم وثبت عندي  
 بالجنة أنه أخذ نصا من حرز  
 لأشبهة فيه وأنه قتل عدلا  
 بلا شبهة وجب تصديقه  
 وقبول قوله والافلا لانه  
 ربما يظن بسبب جهله غير  
 الدليل دليلا أو الشبهة غير  
 دائرة وان كان جاهلا فاسقا  
 أو عالما فاسقا لا يقبل إلا أن  
 يعاين سبب الحكم لتهمة  
 الخطأ في الجهل والخيانة في  
 الفسق قال (واذ اعزل  
 القاضي فقال لرجل الخ) لما  
 فرغ من بيان ما يخبر به  
 القاضي من قضائه في زمن  
 ولايته شرع في بيان ذلك  
 بعد عزله فاذا أخبر

عند الجلاد بأنه شهد على فلان وفلان ويؤدي الأمر عنده ولذا اقتصر محمد على معانة حضور الشهادة  
 من المأمور وهذا (لأن الغلط والخطأ في الحكم محتمل) لأن القطع بنفيهما ليس إلا لانباء عليهم الصلاة  
 والسلام (وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي) لأن الاعتماد فيه على خبر القاضي الكاتب بمفرده  
 (واستحسن المشايخ هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال أكثر القضاة إلا في كتاب القاضي إلى القاضي)  
 لأن فيه ضرورة أحياء الحقوق ولما كان عدم الاعتماد معللا بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل  
 ١ في التوقف لا إطلاقه (فقال الآمام أبو منصور إن كان القاضي عدلا عالميا يقبل قوله لانتفاء التهمة)  
 في الدين بالعدالة والخطأ في الحكم بالعلم (وان كان عدلا جاهلا استفسر فإن أحسن) في بيان سبب حكمه  
 وشروطه (وجب تصديقه) للعدالة ٢ وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما إذا كان فاسقا عالما  
 أو جاهلا فان الفسق مانع من الركون لا خبره بالاستفسار وحكمه بقصد الخيانة فلا يؤخذ بقوله ولا  
 بتفسيره (وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه) في الحال (فيقبل خلوه عن التهمة) لأن التهمة إنما  
 تتحقق في أخبار ما أمر لا يمكن انشاؤه في الحال فيحتمل عدم المطابقة أما إذا كان ذلك مما يقدر على انشاؤه  
 في الحال فيجوز كانه أنشأه في الحال بعناية الحاضرين ولا يخفى أن الذي يملك إنشاءه ليس إلا الحكم وهو  
 لا يقدر فان الاحتمال المانع قائم إذا عاين الحكم وان لم يعاين الشهادة والشروط ولذا قال محمد لا يسعه ذلك  
 ما لم تكن الشهادة بحضوره ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئا وما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم  
 أو يشهد مع القاضي عدل على ذلك احتجوا أن يزيدوا وجه آخر وهو أن العادة أن ينصب في كل بلدة  
 قاض واحد ولو لم يكن خبر القاضي بانقراده حجة في الإلزام لقلد في كل بلد قاضيان وأنت سمعت ما قدمناه  
 في تلك الزيادة وعلمت أن الاحتمال المذكور لا يزول إلا بالعلم بسبب القضاء وهذا لا يتحقق عند المأمور  
 الآن يحضر وقوع السبب أو يشهد عنده عدل أن أنه شهد عند القاضي الأمر فلان وفلان على الوجه  
 الفلاني ويشهد وانوفر الشروط وهذا لا يتوقف على تكثير القضاة بل على وجود الشهود وقضاة كانوا  
 أولا فلا يلزم لذلك تكثيرهم فاللازمة بين عدم قبول خبره بانقراده وتكثير القضاة ممنوعة (قوله واذا اعزل  
 القاضي فقال لرجل الخ) صورته اعزل القاضي فادعى عليه رجل أنه أخدمته الغائبين حتى أوقف

يده

فيه

(قوله لأن قوله يحتمل الغلط) أقول لعل المراد بالغلط ما يعم الكذب (قوله وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا) أقول يعني مطلقا  
 (قوله ومن يتمكن من الانشاء الخ) أقول فيه ركازة

١ كتب بهامش نسخة العلامة البحر أوى قوله في التوقف كذا في التسميع ولعله في القبول لا إطلاقه أي القبول فقوله لا إطلاقه نفي لمسا في  
 الجامع الصغير من عدم تقييده بالعالم العدل فتدبر  
 ٢ قوله وترك المصنف الخ لعل النسخة التي كتب عليها الشارح لم يكن فيها القسمان المذكوران اه

أو يكذبه في حقيقته وبصدق في كونه في زمن الولاية أو يكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال الرجل أخذت منك ألفا ودفعته الى فلان قضيت بها عليك وقال لا خر قضيت بقطع يدك في حق فقال المأخوذ منه المال والمقطوع عيده فعلت ذلك في حال قضائك طلبا فالقول قول القاضي لانهم ما ملوا اتفاقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذا القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا او القول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي لأن إيجابها عليه يفرض الى تعطيل أمور الناس بامتناع الدخول في القضاء وفي هذه الصور ملوا أقر القاطع أو لا أخذت بأقربه القاضي لا يضمن أيضا لأنه فعلة في حال القضاء ودفع القاضي وأمره بالشئ صحيح كما اذا كان دفعه المال الى الآخر خذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الا خذ حيث ذكرك ههنا وكذا اذا كان أمره بالقطع معاينا في حال القضاء وان قال المأخوذ مال والمقطوع عيده فعلت ذلك قبل التقليد

(قوله أو يكذبه في حقيقته) أقول ظاهره لا يقابل الاحتمال الاول (قوله لانه ثبت فعله الخ) (٥٣١) أقول فيه بحث حيث غير

ترتيب المصنف فلم يظهر كون قوله لانه ثبت الخ تعليلا لأي شيء قال المصنف (ولا يمين على القاضي) أقول قال في الكافي لانه لو لم يمين لصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ اه وفيه بحث والاولى أن يقال انالوا وجبنا اليمين والضمان عليه في مواضع اليمين والضمان لا تمتنع الناس عن الدخول في القضاء فنتهطل أمور الناس قال المصنف (ولو زعم المقطوع يده الخ) أقول قال شمس الأئمة السرخسي اذا زعم المدعي ان القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لأن هذا الفعل حادث فيضاف الى أقرب أوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق

أخذت منك ألفا ودفعته الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها ظلمًا فالقول قول القاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقررين انه فعل ذلك وهو قاض (ووجهه انه ما ملوا اتفاقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذا القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا (ولا يمين عليه) لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي (ولو أقر القاطع والا أخذت بأقربه القاضي لا يضمن أيضا) لانه فعلة في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا (ولو زعم المقطوع عيده والمأخوذ مال انه فعل قبل التقليد

يده غير حق فقال قضيت بها عليك لفلان ودفعته اليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي ولم يهلك في هذا جريان تلك الآية عن محمد رحمه الله لان هذا في أمورات فلا بد أن يكون القول للقاضي والامتنع الناس من قبول القضاء اذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصوصيات في أنفس وأموال لا تحصر حينئذ فلا بد من كون القول له في هذا بخلاف ما قبله لان القتل والقطع بعد لم يقع فكان اعمال ذلك الاحتمال مفيدا انهم كون القول له على الاتفاق مفيدا اذا كان المدعي مقررا بأنه فعل ذلك وهو قاض لانهم ما ملوا اتفاقا على ذلك صار كأن هذه الدعوى جرت وهو قاض والقول قوله في ذلك لما قلنا (و) لان الظاهر انه (لا يقضي بالجور ثم لا يمين) على المعزول (لانه ثبت فعله) وهو (في) حال (قضائه بالتصادق) (ولو ادعى عليه في حال قضائه بذلك (لا يمين عليه) فكذلك بعده (ولو أقر القاطع) الأمور (أو لا أخذ) للمال بأمر القاضي (عما أقربه القاضي) وهو أن القطع منه والاخذ كان بقضاء القاضي بالاخذ وأمره بالدفع (لا يضمن أيضا) كالقاضي لانه أقر أنه فعلة في حال قضائه وهو كالمأخوذ كان دفع القاضي المال الى الآخر معاينا للمأخوذ منه في حال قضائه ويصير القطع باقرار المقطوع أنه قطعه في حال قضائه كالمعاين للعالم الذي رفع اليه المقطوع واقعه (ه) أما (ولو زعم المقطوع والمأخوذ مال انه فعلة قبل التقليد)

الاجحجة لان الاصل انه متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ما اطاحونه وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد الاجحجة بخلاف المسئلة الاولى لانه ثبت الاسناد بمصادقتهما والصحيح هو الاول وهو اختيار فخر الاسلام على البرزوي والصدور الشهيد وتطيره اذا قال العبد لغيره قطعت يدك وأنا عبد وقال المقر له بل قطعتا وأنت حر كان القول قول العبد وكذا اذا قال المولى لعبده قد أعنته أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا لو قيل بالبيع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال المولى كل بعد العزل كان القول للمولى ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما فالقول قول المولى كل لانه أخبر عما لا يمكن الانشاء فيصير مدعيًا وكذا في مسئلة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لانه أقر بالاخذ وبالاضافة يدعى عليه التملك كذا في شرح الزيلعي والنهاية ومعراج الدراية والعبارة للزيلعي وقال الزيلعي وأورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما اذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي قطعتا وأنا حرة كان القول قولها وكذا في كل شيء أخذته منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع انه منكر للضمان باسناده الفعل الى حالة منافية له وأجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى أقر بأخذ

أو بعد العزل فالقول أيضا للقاضي (٥٣٣) في الصحيح لأن القاضي أسند فعله إلى حالة منافية للضمان لما مر أن حالة القضاء تنافي

الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكرو القول للبكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد من الجنون اذا قال طلقت أو اعتقت وأنا مجنون اذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعناق لاضافته إلى حالة منافية للإيقاع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الأئمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على أن المنازعة اذا وقعت في الماضي تحكم الحال وفي هذه الحال فعله موجب للضمان عليه وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه وأما في الأولى فقد تصادق أنه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لأن الأصل أن يكون قضاؤه حقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا أن القول للقاضي (ولو أقر القاطع والآخر في هذا الفصل بما أقر به القاضي

أو بعد العزل فالقول أيضا للقاضي (٥٣٣) هو الصحيح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت أو اعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهودا (ولو أقر القاطع والآخر في هذا الفصل بما أقر به القاضي

أو بعده والقاضي يقول بل فعلته في حال قضائي ففيه خلاف (والصحيح أن القول أيضا للقاضي لأنه) أي القاضي (أضافه إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا) انقضاء على الطلاق والعناق وقالت المرأة والعبد كان ذلك في صحة عقلك و (قال) بل (وأنا مجنون وكان جنونه معهودا) فالقول له وكما لو قال أقررت لك وأنا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم أنه كان به واحتراز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الأئمة في شرحه للجامع الصغير ان القول للمدعي لأن هذا الفعل حادث فيضاد إلى أقرب الأوقات وهذا يخص ما اذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة وكذا أقرضه شمس الأئمة فإنه قال فاما اذا زعم أي المدعي أنه فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لأن هذا الفعل حادث الخ قال ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الابينة فالصحيح يخص ما اذا كانت دعواه أنه فعله بعد العزل ولكنه ذكر في تعليقه ما يعبر به كون القول للقاضي فإنه قال لأن الأصل ان المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحال كسئلة الطاحونة وفي الحال فعله موجب للضمان عليه وبهذا الاسناد يدعي سقوطه بخلاف الأولى حيث تصادق أنه فعله وهو قاض إلى آخر ما ذكر ولكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع أن القول للقاضي وهو اختيار غير الاسلام والصدر الشهيد لأنه بالاسناد إلى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكرو للضمان فالقول قوله كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعث وسلمت قبل العزل فقال الموكل بعده فالقول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لأنه أخبر عن أمر لا عليك انشاءه فيصير مدعيا وكذا لو قال العبد بعد العتق رجل قطعت يدك خطأ وأنا عبد وقال المقر بل وأنت حر فالقول للعبد ولا ضمان وكذا اذا قال أخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد ان كانت الغلة هالكة وان كانت قائمة فالقول للعبد وبأخذه من المولى لأنه أقر بالأخذ ثم بالاضافة يريد التملك عليه فكان مدعيا وكذا الوصي لو ادعى به بدلوغ اليتيم أنه أنفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم أنه استهلكه فالقول قول الوصي ذكره المحبوبي واستشكل بما ذكره في باب جناية المملوك فبين أعتق جاريته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت بل وأنا حرة فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكرو بالاسناد إلى الحالة المعهودة المنافية للضمان ولو قلت أقر هنالك بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فههنا أيضا أقر بسبب الضمان وهو اقراره للقصر له بشي ثم ادعى ما يبرئه بذهاب العقل وكذا القاضي اذا أقر بعد العزل بالأخذ ثم ادعى ما يبرئه بالاسناد وكذا الوصي أجيب بالفرق بأن المولى أقر بأخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق في الإقرار لاف جهة التملك كما لو قال أخذت منك الفاهي ديني عليك أو الهبة التي وهبتها وأنكر الآخر كان القول للآخر وكذا لو قال أكلت طعامك باذنك وقال بغير إذني فالقول لصاحب الطعام بخلاف القاضي والوكيل والوصي لأنهم ما ادعوا جهة التملك لأنفسهم وكذا في دعوى الطلاق والعناق ما ادعوا التملك لأنفسهم لما هو مملوك الغير فكان القول قولهم في إضافتهم إلى الحالة المعهودة المنافية (قوله ولو أقر القاطع والآخر في هذا الفصل) وهو فصل زعم المأخوذ منه والمقطوع ان القاضي فعل ذلك قبل التقيد أو بعد العزل فأقر القاطع والقاضي أي فعلت ذلك بأمر القاضي وهو عني قضائه والمأخوذ منه والمقطوع يده يقول بل قبله أو بعده

مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التملك له وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك باذنك فأنكر الآخر يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمخلص والله أعلم اه لعدم جبرانه في صورة النزاع

(بضم ن)

في أخذ غلة العبد وقطع يد الأمانة كما لا يخفى (قوله كاسناد من عهد من الجنون الخ) أقول في التشبيه لطافة لا تخفى (قوله في هذه الصورة) أقول في الإطلاق تأمل

ضمنا لانهم اقر بسبب الضمان وقول القاضى مقبول في دفع الضمان عن نفسه لافي ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ( لا يقال الاخذ والقاطع في الصورة الثانية أسندا ( ٥٣٣ ) الفعل الى حالة منافية للضمان

فكان الواجب أن لا يضمننا كالقاضى لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضى حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعى وهذا يقتضى وجوب الضمان على القاضى أيضا لكن ذلك يؤدى الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان (ولو كان المال باقيا في يد الاخذ وأقر بما أقر به القاضى أخذ منه المال) سواء صدقه المأخوذ منه المال في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه (لان الاخذ أقر أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة) فيه لكونه شهادة فرد والله أعلم

(قوله لان اقرار الرجل الى قوله لا يعارض القطعى) أقول الاقرار دليل ظاهر كما في أول كتاب الحدود الآن براد بالقطعية كونه أقوى من قضاء القاضى (قوله لكن ذلك يؤدى الى تضييع الحقوق الخ) أقول هذا جواب عن النقض بتغيير الدليل والاولى أن يجاب كما في النهاية بمنع قوله الاخذ

بضمنا) لانهم اقر بسبب الضمان وقول القاضى مقبول في دفع الضمان عن نفسه لافي ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق (ولو كان المال في يد الاخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضى والمأخوذ منه المال صدق القاضى في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه ) لانه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

(بضمنا) ولا يضمن القاضى (لانهم اقر بسبب الضمان) وهو مباشرتهم الاخذ والقاطع (وقبول قول القاضى) في ذلك (لدفْع الضمان عن نفسه) بسبب يخصه وهو كى لا يمنع الناس عن قبوله فتضيع الحقوق وهي مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب وقوله (ولو كان المال في يد الاخذ قائما) هذا قيد فيما يلزم جواب المسئلة المذكورة في الصورتين بحسب الظاهر فان لازم كون القول للقاضى والقاطع والاخذ في صورة التصادق على أن الفعل كان في حالة القضاء أنه لا رجوع بالمال المأخوذ للمأخوذ منه مطلقا فانه قد حكم بنفاذ قوله فأذا أن ذلك أعنى عدم الرجوع فيما اذا كان المأخوذ هالكا أما اذا كان قائما فيؤخذ من القابض سواء صدق القابض في أنه أخذه في حال قضائه أو كذبه وقال بل قبل التقليد أو بعد العزل عليه محمد في الزبادات فقال لان الشئ قائم بعينه فلا يصدق أنه أخذه على وجه الحكم فالوا معناه أن القاضى لما أقر بالاخذ يصير شاهدا للغير بالكلام الثانى واقراره بالاخذ صحيح وشهادته بالملك لغيره باطله ولان القابض أقر بسبب الضمان حيث أقر أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك عليه الا بينة وقول المعزول ليس بينة عليه لانه ليس شاهدا بالدين بل بفعل نفسه المتأق للضمان

٢

تم الجزء الخامس ويليهِ الجزء السادس أوله كتاب الشهادات

والقاطع أسندا الفعل الى حالة منافية للضمان فان حالة القضاء لا تنافي للضمان في حق غير القاضى لانه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضى في منصب القضاء قائم وأخذه بأمر القاضى لم يثبت لعدم الحجية اذا الكلام فيه وكذا حال القطع فليست له واقعه أعلم

﴿ فهرست الجزء الخامس من فتح القدير ﴾

| صفحة                                       | صفحة  |
|--|---|
| ٢٦٤ فصل ومن اشترى شيئاً مما يتقل ويحول الخ | ٢ (كتاب الشركة)                               |
| ٢٧٤ باب الربا                              | ١٤ فصل لا تتعقد الشركة الخ                    |
| ٣٠١ باب الحقوق                             | ٣١ فصل في الشركة الفاسدة                      |
| ٣٠٤ باب الاستحقاق                          | ٣٥ فصل وليس لاحد الشريكين أن يؤدي زكاة        |
| ٣٠٩ فصل في بيع الفضولي                     | مال الآخر الا باذنه                           |
| ٣٢٣ باب السلم                              | ٣٧ (كتاب الوقف)                               |
| ٣٥٧ مسائل منثورة                           | ٦١ فصل اختص المسجد بأحكام                     |
| ٣٦٧ (كتاب الصرف)                           | ٦٧ الفصل الاول في المتولي                     |
| ٣٨٩ (كتاب الكفالة)                         | ٦٩ الفصل الثاني في الموقوف عليه               |
| ٤٢٩ فصل في الضمان                          | ٧٣ (كتاب البيوع)                              |
| ٤٣٦ باب كفالة الرجلين                      | ٩٧ فصل لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد |
| ٤٣٩ باب كفالة العبد وعنه                   | الخ   |
| ٤٤٣ (كتاب الحوالة)                         | ١١٠ باب خيار الشرط                            |
| ٤٥٢ (كتاب أدب القاضي)                      | ١٣٧ باب خيار الرؤية                           |
| ٤٧١ فصل في الحبس                           | ١٥١ باب خيار العيب                            |
| ٤٧٧ باب كتاب القاضي الى القاضي             | ١٨٤ باب البيع الفاسد                          |
| ٤٨٥ فصل آخر                                | ٢٣٧ فصل في أحكامه                             |
| ٤٩٨ باب التحكيم                            | ٢٣٩ فصل فيما يكره                             |
| ٥٠٢ مسائل منثورة من كتاب القضاء            | ٢٤٦ باب الاقالة                               |
| ٥١٥ فصل في القضاء بالمواريث                | ٢٥٢ باب المراجعة والتولية                     |
| ٥٢٩ فصل آخر                                |   |